Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2008 Vol. 1

1er cahier, 2008 Vol. 1

[2008] 1 S.C.R. 3-282

Renvoi [2008] 1 R.C.S. 3-282

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	MARIE RODRIGUE	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 Assistants / Adjointes administratives
LILI-ANNE MCGRAW
MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2008.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2008.

CONTENTS

620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General) 131

Constitutional law — Taxation — Business licence fees — Distinction between a tax and a regulatory charge — Fees for licences required for businesses in national park selling liquor imposed pursuant to regulatory scheme under authority granted by statute to minister — Licensing fee ultra vires minister's powers if a tax — Whether annual business licence fees a tax or a regulatory charge — Constitution Act, 1867, s. 53 — Canada National Parks Act, S.C. 2000, c. 32, s. 16(1)(n), (r) — Parks Canada Agency Act, S.C. 1998, c. 31, s. 24 — National Parks General Regulations, SOR/78-213, s. 39 — National Parks of Canada Business Regulations, SOR/98-455, s. 4.

British Columbia v. Zastowny 27

Damages — Past and future wage loss — Periods of incarceration — Plaintiff seeking damages for injuries suffered as consequence of sexual assaults — Whether plaintiff entitled to compensation for wage loss while he was incarcerated — Whether plaintiff can be compensated for time spent in prison after he became eligible for parole — Whether recovery for past wage loss while incarcerated barred by application of ex turpi causa non oritur actio doctrine or novus actus interveniens doctrine — Whether Court of Appeal erred in reducing award for loss of future earnings.

British Columbia (Attorney General) v. Insurance Corporation of British Columbia 21

Police — Torts committed by police officers — Scope of vicarious liability of Attorney General — Police officer chasing stolen car in city street — Innocent driver killed in collision with stolen car — Uninsured 14-year-old driver of stolen car found 90 percent liable and police officer 10 percent — Multiple tortfeasors at fault for same damage jointly and severally liable under Negligence Act — No action for damages lying against police officer under Police Act for acts of simple negligence done in performance of duty — Liability arising from police officer's fault transferred to Attorney General — Attorney General's liability not limited to proportion of damages attributed to fault of police officer — Victim entitled to full compensation from Attorney General as damages indivisible — Police Act, R.S.B.C. 1996, c. 367, ss. 11, 21 — Negligence Act, R.S.B.C. 1996, c. 333, s. 4(2).

Dunsmuir v. New Brunswick 190

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Proper approach to judicial review of administrative decision makers — Whether judicial review should include only two standards: correctness and reasonableness.

Continued on next page

SOMMAIRE

620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général) 131

Droit constitutionnel — Taxation — Droits de permis commercial — Distinction entre une taxe et une redevance de nature réglementaire — Régime de réglementation établi en vertu du pouvoir que la loi accorde au ministre obligeant les commerces qui vendent de la boisson dans un parc national à payer des droits de permis — Si les droits de permis sont une taxe, ils excèdent les pouvoirs du ministre — Les droits de permis commercial payables chaque année sont-ils une taxe ou une redevance de nature réglementaire? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 53 — Loi sur les parcs nationaux du Canada, L.C. 2000, ch. 32, art. 16(1)n), r) — Loi sur l'Agence Parcs Canada, L.C. 1998, ch. 31, art. 24 — Règlement général sur les parcs nationaux, DORS/78-213, art. 39 — Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada, DORS/98-455, art. 4.

Colombie-Britannique c. Zastowny 27

Dommages-intérêts — Perte de rémunération antérieure et ultérieure — Périodes d'incarcération — Demandeur sollicitant des dommages-intérêts pour le préjudice que des agressions sexuelles lui ont causé — Le demandeur a-t-il droit à une indemnité pour la perte de rémunération subie pendant qu'il était incarcéré? — Le demandeur peut-il être indemnisé pour le temps qu'il a passé derrière les barreaux après être devenu admissible à la libération conditionnelle? — L'application du principe ex turpi causa non oritur actio ou du principe novus actus interveniens fait-elle obstacle à l'indemnisation de la perte de rémunération antérieure subie pendant l'incarcération? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en abaissant le montant de l'indemnité accordée pour la perte de revenus ultérieure?

Colombie-Britannique (Procureur général) c. Insurance Corporation of British Columbia 21

Police — Délits civils commis par les agents de police — Étendue de la responsabilité du procureur général pour le fait d'autrui — Agent de police poursuivant une voiture volée dans les rues de la ville — Conductrice innocente tuée dans une collision avec la voiture volée — Conducteur de la voiture volée âgé de 14 ans et non assuré tenu responsable dans une proportion de 90 p. 100 et l'agent de police dans une proportion de 10 p. 100 — Solidarité imposée par la Negligence Act aux coauteurs de délits civils responsables d'un même dommage — Immunité civile accordée aux agents de police par la Police Act pour les actes de simple négligence commis dans l'exercice de leurs fonctions — Responsabilité découlant de la faute de l'agent de police imputée au procureur général — Responsabilité du procureur général à l'égard des dommages-intérêts non limitée à

Suite à la page suivante

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Employee holding office "at pleasure" in provincial civil service dismissed without alleged cause with four months' pay in lieu of notice — Adjudicator interpreting enabling statute as conferring jurisdiction to determine whether discharge was in fact for cause — Adjudicator holding employer breached duty of procedural fairness and ordering reinstatement — Whether standard of reasonableness applicable to adjudicator's decision on statutory interpretation issue — Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 97(2.1), 100.1(5) — Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, s. 20.

Administrative law — Natural justice — Procedural fairness — Dismissal of public office holders — Employee holding office "at pleasure" in provincial civil service dismissed without alleged cause with four months' pay in lieu of notice — Employee not informed of reasons for termination or provided with opportunity to respond — Whether employee entitled to procedural fairness — Proper approach to dismissal of public employees.

Juman v. Doucette **157**

Civil procedure — Discovery — Implied undertaking of confidentiality — Collateral use of discovery information — Discovery information thought to disclose criminal acts — Underlying civil claim settled after discovery — Authorities seeking to obtain information disclosed during pre-trial discovery — Whether Attorney General has standing to seek to vary implied undertaking to which he is not party — If so, whether application should be rejected in circumstances of this case.

Civil procedure — Discovery — Implied undertaking of confidentiality — Scope of "implied undertaking" rule.

R. v. Beatty **49**

Criminal law — Dangerous operation of motor vehicle causing death — Elements of offence — Distinction between civil and penal negligence in criminal setting — Accused's vehicle crossing centre line for no apparent reason and hitting oncoming vehicle, killing all three occupants — Whether accused's momentary lapse of attention satisfies requirements of offence of dangerous operation of motor vehicle — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 249(4).

R. v. Beaulieu **3**

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Whether Court of Appeal erred in dismissing motion to adduce fresh evidence.

Continued on next page

la part de ceux-ci attribuée à la faute de l'agent de police — Victime ayant droit à une indemnisation intégrale de la part du procureur général vu le caractère indivisible des dommages-intérêts — Police Act, R.S.B.C. 1996, ch. 367, art. 11, 21 — Negligence Act, R.S.B.C. 1996, ch. 333, art. 4(2).

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick **190**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Démarche appropriée pour le contrôle judiciaire d'une décision administrative — Le contrôle judiciaire devrait-il s'effectuer au regard de deux normes seulement : celle de la décision correcte et celle de la raisonnabilité?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Fonctionnaire provincial amovible congédié sans motif avec indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis — Arbitre concluant que sa loi habilitante l'autorisait à déterminer si le congédiement constituait en fait un congédiement pour motif — Arbitre statuant que l'employeur avait manqué à son obligation d'équité procédurale et ordonnant la réintégration de l'employé — La norme de la décision raisonnable s'appliquait-elle à l'interprétation de la loi par l'arbitre? — Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 97(2.1), 100.1(5) — Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, l'art. 20.

Droit administratif — Justice naturelle — Équité procédurale — Congédiement d'un titulaire de charge publique nommé à titre amovible — Congédiement sans motif avec indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis — Employeur n'ayant pas précisé les motifs du congédiement ni donné à l'employé la possibilité d'y répondre — L'employé avait-il droit à l'équité procédurale? — Démarche appropriée pour le congédiement d'un fonctionnaire.

Juman c. Doucette **157**

Procédure civile — Enquête préalable — Engagement implicite de confidentialité — Utilisation à des fins accessoires des renseignements obtenus à l'enquête préalable — Renseignements obtenus à l'enquête préalable dont on croit qu'ils révèlent des actes criminels — Action civile initiale faisant l'objet d'un règlement après l'enquête préalable — Autorités cherchant à obtenir des renseignements divulgués lors de l'enquête préalable — Le procureur général a-t-il la qualité requise pour demander la modification d'un engagement implicite auquel il n'est pas partie? — Dans l'affirmative, la demande doit-elle être rejetée d'après les circonstances de l'espèce?

Procédure civile — Enquête préalable — Engagement implicite de confidentialité — Portée de la règle de l'« engagement implicite ».

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. C.L.Y. **5**

Criminal law — Evidence — Credibility — Burden of proof — Accused convicted of two counts of sexual assault — Whether trial judge misapplied burden of proof — Whether trial judge misapprehended and mischaracterized evidence leading to convictions.

R. v. Ferguson **96**

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Detainee being held in cell at RCMP detachment shot by police officer during altercation — Police officer convicted of manslaughter committed with use of firearm — Criminal Code providing for mandatory minimum four-year sentence — Whether minimum sentence constitutes cruel and unusual punishment in circumstances of this case — If so, whether trial judge entitled to grant constitutional exemption from four-year minimum and impose lesser sentence — Constitution Act, 1982, s. 52 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 12, 24(1) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 236(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Constitutional exemption — Availability — Whether constitutional exemption under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms available to accused as remedy in particular case where minimum sentence of imprisonment found to be cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of Charter — Whether appropriate remedy is declaration pursuant to s. 52 of Constitution Act, 1982 that law imposing such punishment is inconsistent with Charter.

R. v. Stirling **272**

Criminal law — Evidence — Prior consistent statements — Witness — Accused convicted of criminal negligence causing death and criminal negligence causing bodily harm — Witness who was in car at time of accident testifying that accused was driver of vehicle — Witness's prior consistent statements admitted into evidence to rebut allegation of recent fabrication — Whether trial judge used statements for truth of their contents and to support credibility of witness.

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Beatty **49**

Droit criminel — Conduite dangereuse d'un véhicule à moteur causant la mort — Éléments de l'infraction — Distinction entre la négligence civile et la négligence pénale dans un contexte criminel — Véhicule de l'accusé traversant la ligne médiane sans raison apparente et heurtant un autre véhicule circulant en sens inverse, causant la mort des trois occupants de celui-ci — L'inattention momentanée de l'accusé est-elle suffisante pour constituer l'infraction de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 249(4).

R. c. Beaulieu **3**

Droit criminel — Preuve — Nouvelle preuve — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rejetant la requête pour preuve nouvelle?

R. c. C.L.Y. **5**

Droit criminel — Preuve — Crédibilité — Fardeau de la preuve — Accusé déclaré coupable de deux chefs d'agression sexuelle — La juge du procès a-t-elle commis une erreur dans l'application du fardeau de la preuve? — La juge du procès a-t-elle commis des erreurs dans l'appréciation et la qualification de la preuve qui ont mené aux déclarations de culpabilité?

R. c. Ferguson **96**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Détenu incarcéré dans une cellule du détachement de la GRC abattu par un policier au cours d'une altercation — Policier déclaré coupable d'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu — Peine minimale obligatoire de quatre ans prescrite par le Code criminel — La peine minimale constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée dans les circonstances de l'affaire? — Dans l'affirmative, le juge du procès peut-il accorder une exemption constitutionnelle écartant l'emprisonnement minimal de quatre ans et infliger une peine moins sévère? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12, 24(1) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 236a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exemption constitutionnelle — Possibilité d'obtenir une exemption — Un accusé peut-il obtenir une exemption constitutionnelle en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés à titre de réparation dans une situation particulière où la peine d'emprisonnement minimale est jugée constituer une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la Charte? — La réparation appropriée consiste-t-elle à déclarer en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 que la disposition législative prescrivant cette peine est incompatible avec la Charte?

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Stirling **272**

Droit criminel — Preuve — Déclarations antérieures compatibles — Témoin — Accusé déclaré coupable de négligence criminelle ayant causé la mort et de négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles — Occupant du véhicule témoignant que l'accusé était au volant au moment de l'accident — Déclarations antérieures compatibles du témoin admises en preuve aux fins de réfuter une allégation de fabrication récente — Le juge du procès a-t-il utilisé les déclarations pour la véracité de leur contenu et à l'appui de la crédibilité du témoin?

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Volume 1, 2008

1er volume, 2008

Claude Beaulieu *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* BEAULIEU

Neutral citation: 2008 SCC 1.

File No.: 32004.

2008: January 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Whether Court of Appeal erred in dismissing motion to adduce fresh evidence.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Forget and Thibault JJ.A.), [2007] R.J.Q. 561, 49 C.R. (6th) 365, [2007] Q.J. No. 2115 (QL), 2007 CarswellQue 2056, 2007 QCCA 402, upholding the accused's convictions entered by Corbeil-Laramée J.C.Q. Appeal dismissed.

Christian Deslauriers, for the appellant.

Lori Renée Weitzman and *Mileyne Grégoire*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] LEBEL J. — We all agree that the motion to adduce fresh evidence does not meet the criteria developed by the courts and that the majority of the Quebec Court of Appeal was right to dismiss it. We also believe that the appellant has not established a basis for this Court to intervene. In particular, it has not been shown that the guilty verdict is unreasonable or that there has been a miscarriage of justice. For these reasons, the appeal is dismissed.

Claude Beaulieu *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* BEAULIEU

Référence neutre : 2008 CSC 1.

N° du greffe : 32004.

2008 : 24 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Nouvelle preuve — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rejetant la requête pour preuve nouvelle?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Forget et Thibault), [2007] R.J.Q. 561, 49 C.R. (6th) 365, [2007] J.Q. n° 2115 (QL), 2007 CarswellQue 2056, 2007 QCCA 402, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé inscrites par la juge Corbeil-Laramée. Pourvoi rejeté.

Christian Deslauriers, pour l'appelant.

Lori Renée Weitzman et *Mileyne Grégoire*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE LEBEL — Nous sommes tous d'avis que la requête pour preuve nouvelle ne satisfait pas aux critères établis par la jurisprudence et que l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel du Québec a eu raison de la rejeter. Nous sommes également d'opinion que l'appelant n'a pas établi un motif justifiant une intervention de notre Cour. En particulier, il n'a pas été démontré que le verdict de culpabilité est déraisonnable ou qu'il y a eu un déni de justice. Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Deslauriers & Lafleur, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Deslauriers & Lafleur, Ottawa.

Procureur de l'intimée : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

C.L.Y. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* C.L.Y.

Neutral citation: 2008 SCC 2.

File No.: 31811.

2007: November 6; 2008: January 25.

Present: Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Evidence — Credibility — Burden of proof — Accused convicted of two counts of sexual assault — Whether trial judge misapplied burden of proof — Whether trial judge misapprehended and mischaracterized evidence leading to convictions.

C.L.Y. was a teenager charged with three counts of sexual assault. The charges arose out of allegations of inappropriate touching when he was babysitting a girl who was at the time between six and eight years old. The trial judge rejected C.L.Y.'s evidence and convicted him of two counts of sexual assault. He was acquitted of the third charge. The convictions were upheld by the Court of Appeal. The majority of the court rejected C.L.Y.'s argument that the trial judge, by considering the evidence of the girl first, had shifted the burden of proof. The dissenting judge concluded that the trial judge's acceptance of the complainant's evidence before even considering that of C.L.Y. resulted in at least a subtle shift of the onus of proof.

Held: The appeal should be allowed.

Per Bastarache, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The paramount question is whether, on the whole of the evidence, the trier of fact is left with a reasonable doubt about the guilt of the accused. The key is whether the correct burden and standard of proof were applied, not what words were used in applying them. What *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, offered was a helpful

C.L.Y. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* C.L.Y.

Référence neutre : 2008 CSC 2.

N° du greffe : 31811.

2007 : 6 novembre; 2008 : 25 janvier.

Présents : Les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Preuve — Crédibilité — Fardeau de la preuve — Accusé déclaré coupable de deux chefs d'agression sexuelle — La juge du procès a-t-elle commis une erreur dans l'application du fardeau de la preuve? — La juge du procès a-t-elle commis des erreurs dans l'appréciation et la qualification de la preuve qui ont mené aux déclarations de culpabilité?

C.L.Y. était un adolescent lorsqu'il a été inculpé de trois chefs d'agression sexuelle par suite d'allégations voulant qu'il se soit livré à des attouchements sur la fillette qu'il gardait et qui avait alors entre six et huit ans. La juge du procès a rejeté le témoignage de C.L.Y. et l'a reconnu coupable de deux chefs d'agression sexuelle. Il a été acquitté du troisième chef d'accusation. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité. Les juges de la majorité ont rejeté l'argument de C.L.Y., qui soutenait que la juge du procès, en examinant d'abord le témoignage de la fillette, avait renversé le fardeau de la preuve. Le juge dissident a conclu que le fait que la juge du procès ait retenu le témoignage de la plaignante avant même d'examiner celui de C.L.Y. avait entraîné, à tout le moins, un renversement subtil du fardeau de la preuve.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Les juges Bastarache, Abella, Charron et Rothstein : La question fondamentale est celle de savoir si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le juge des faits éprouve un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. L'essentiel consiste à savoir si le fardeau et la norme de preuve appropriés ont été appliqués, et non quelle formulation a été utilisée pour les appliquer. L'arrêt

map, not the only route. Its purpose was to ensure that triers of fact understand that the verdict should not be based on a choice between the accused's and Crown's evidence, but on whether, based on the whole of the evidence, they are left with a reasonable doubt as to the accused's guilt. In this case, it is difficult to see how the sequence in which the trial judge set out her findings of credibility can be said to undermine her articulated and correct statement of the law, or demonstrate that she lost sight of a paramount legal principle like reasonable doubt. Her reasons revealed that she understood that a finding that the girl was credible did not mean that the onus shifted to the accused to show that he was not guilty. [6-8] [12]

The flaw in this case which does lead to concerns about the fairness of the trial relates to fundamental misapprehensions and mischaracterizations of the evidence leading to the convictions. In view of the record of this case, it is clear that the trial judge's bases for disbelieving C.L.Y. rested on misapprehensions of his evidence and played a critical role in the convictions, rendering them insupportable. In the circumstances, the convictions should be quashed and a new trial ordered. [13] [21-22]

Per Binnie, Deschamps and Fish JJ.: This appeal should be allowed not only because the trial judge rejected the evidence of the accused for reasons that are not supported by the record, but also because she misapplied the burden of proof. This is precisely the kind of case where a departure from the procedure set out in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, is fraught with particular danger. The very purpose of adhering to that procedure is to foreclose an inadvertent shifting of the burden of proof where the complainant and the accused have both testified and the outcome of the trial turns on their credibility as witnesses. Mere reference to this framework will not suffice in all cases and a correct statement of the burden of proof can scarcely save its evident misapplication. In this case, the risk of an inadvertent shift in the burden of proof materialized, as the trial judge accepted the evidence of the complainant without taking into account at all the contrary evidence of the accused. As a matter of law, the accused was presumed innocent; as a matter of fact, his fate had been sealed without any consideration at all of his evidence under oath at trial. [23] [25-27] [32]

R. c. W. (D.), [1991] 1 R.C.S. 742, offre des repères utiles et non le seul itinéraire possible. Il visait à garantir que les juges des faits comprennent que le verdict ne doit pas être fondé sur un choix entre la preuve de l'accusé et celle du ministère public, mais plutôt sur la question de savoir si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, il subsiste dans leur esprit un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. En l'espèce, il est difficile de voir comment l'on peut affirmer que l'ordre dans lequel la juge du procès a exposé ses conclusions sur la crédibilité mine son énoncé juste et cohérent de l'état du droit ou démontre qu'elle a perdu de vue un principe de droit prépondérant comme celui du doute raisonnable. Il ressort de ses motifs qu'elle comprenait que sa conclusion selon laquelle la fillette était crédible n'avait pas pour effet d'inverser le fardeau de la preuve et d'obliger l'accusé à démontrer son innocence. [6-8] [12]

Ce qui pose véritablement problème quant à l'équité du procès en l'espèce, ce sont les erreurs fondamentales dans l'appréciation et la qualification de la preuve qui ont mené aux déclarations de culpabilité. Il ressort clairement du dossier en l'espèce que, si la juge n'a pas accordé foi au témoignage de C.L.Y., c'est qu'elle ne l'a pas apprécié correctement et cette erreur a joué un rôle capital dans les condamnations, de sorte qu'elles doivent être cassées. Dans les circonstances, il y a lieu d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. [13] [21-22]

Les juges Binnie, Deschamps et Fish : Le pourvoi devrait être accueilli non seulement parce que la juge de première instance a écarté la preuve de l'accusé pour des motifs que ne sont pas étayés par le dossier, mais également parce qu'elle a mal appliqué les principes régissant le fardeau de la preuve. Il s'agit ici précisément du type de cause où il est particulièrement risqué de s'écarter de la procédure décrite dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. Son respect vise précisément à empêcher le renversement involontaire du fardeau de la preuve, dans les cas où le plaignant et l'accusé ont tous les deux témoigné et où l'issue du procès tient à leur crédibilité. Se contenter de faire mention de cette procédure ne suffira pas dans tous les cas et un énoncé juste du fardeau de la preuve ne saurait guère pallier son application manifestement erronée. En l'espèce, le risque de renversement involontaire du fardeau de la preuve s'est réalisé, puisque la juge du procès a retenu le témoignage de la plaignante sans du tout tenir compte de la preuve contraire de l'accusé. En droit, l'accusé était présumé innocent; or, dans les faits, son sort avait été scellé sans qu'il ne soit du tout tenu compte du témoignage qu'il a rendu sous serment au procès. [23] [25-27] [32]

Cases Cited

By Abella J.

Considered: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; **referred to:** *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212; *R. v. Levasseur* (1994), 89 C.C.C. (3d) 508, rev'd [1994] 3 S.C.R. 518; *R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, 2005 SCC 72; *R. v. Minuskin* (2003), 68 O.R. (3d) 577; *R. v. Chittick* (2004), 228 N.S.R. (2d) 81, 2004 NSCA 135; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Lohrer*, [2004] 3 S.C.R. 732, 2004 SCC 80; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17.

By Fish J.

Referred to: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Twaddle, Monnin and Freedman JJ.A.), [2006] 12 W.W.R. 385, 208 Man. R. (2d) 202, 383 W.A.C. 202, 213 C.C.C. (3d) 503, 43 C.R. (6th) 81, [2006] M.J. No. 398 (QL), 2006 CarswellMan 363, 2006 MBCA 124, affirming the accused's conviction on two counts of sexual assault. Appeal allowed.

Alan J. Semchuk, for the appellant.

Richard A. Saull and *Brian R. Bell*, for the respondent.

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

[1] ABELLA J. — C.L.Y. was a teenager charged with three counts of sexual assault. The charges arose out of allegations of inappropriate touching when he was babysitting. At the time of the incidents, he was between the ages of around 16 to 18. The girl was between 6 and 8 years old. C.L.Y. denied any inappropriate touching.

[2] The trial judge rejected C.L.Y.'s evidence and convicted him of two counts of sexual assault (2005 CarswellMan 562). He was sentenced to 18 months' probation. He was acquitted of a third charge.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt examiné : *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; **arrêts mentionnés :** *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *R. c. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212; *R. c. Levasseur* (1994), 89 C.C.C. (3d) 508, inf. par [1994] 3 R.C.S. 518; *R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, 2005 CSC 72; *R. c. Minuskin* (2003), 68 O.R. (3d) 577; *R. c. Chittick* (2004), 228 N.S.R. (2d) 81, 2004 NSCA 135; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Lohrer*, [2004] 3 R.C.S. 732, 2004 CSC 80; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17.

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Twaddle, Monnin et Freedman), [2006] 12 W.W.R. 385, 208 Man. R. (2d) 202, 383 W.A.C. 202, 213 C.C.C. (3d) 503, 43 C.R. (6th) 81, [2006] M.J. No. 398 (QL), 2006 CarswellMan 363, 2006 MBCA 124, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé relative à deux chefs d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli.

Alan J. Semchuk, pour l'appelant.

Richard A. Saull et *Brian R. Bell*, pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE ABELLA — C.L.Y. était un adolescent lorsqu'il a été inculpé de trois chefs d'agression sexuelle par suite d'allégations voulant qu'il se soit livré à des attouchements sur l'enfant qu'il gardait. Au moment des événements, l'accusé avait environ 16 à 18 ans. La fillette avait entre 6 et 8 ans. C.L.Y. a nié s'être livré à des attouchements répréhensibles.

[2] La juge du procès a rejeté le témoignage de C.L.Y., l'a reconnu coupable de deux chefs d'agression sexuelle (2005 CarswellMan 562) et l'a condamné à une période de probation de 18 mois. C.L.Y a été acquitté du troisième chef d'accusation.

[3] The convictions were upheld by the Manitoba Court of Appeal ((2006), 208 Man. R. (2d) 202, 2006 MBCA 124). The majority rejected C.L.Y.'s argument that the trial judge, by considering the evidence of the girl first, had shifted the burden of proof contrary to this Court's instruction in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. The majority's conclusion on the issues relating to the assessment of credibility are:

> In the present case, it is clear that the judge understood that her decision on credibility did not mean the accused was guilty. Her reasons disclose a full understanding of the two separate findings she was making. She did not leap from her credibility finding directly to conviction. She applied the principles regarding reasonable doubt.
>
> . . .
>
> In the case at bar, the judge provided a clear and concise analysis for her finding of credibility with respect to the accused. The accused complains that the analysis is flawed and should be disregarded because of the judge's reliance on the complainant's excellent recall of events to discredit his credibility. That in my view goes not to the lack or sufficiency of reasons being provided but more to the reasoning process itself. It is not, in my view, for an appellate court to question the thought or reasoning process that a trial judge utilizes in arriving at a decision unless it is clearly in error. Such is not the case here. [paras. 14 and 16]

[4] Twaddle J.A. dissented. He concluded that despite the trial judge's articulated assurance that she was aware of the principles in *W. (D.)*, there was a "subtle shift" of the onus of proof:

> [T]he acceptance of the complainant's evidence before even considering that of the accused must, as I see it, result in at least a subtle shift of the onus of proof. Having accepted the complainant's evidence, the trial judge will inevitably find the accused's evidence less believable than it would have been before the complainant's evidence was accepted. [para. 32]

He also found that it was unreasonable for the trial judge to "disbelieve the accused's denials of guilt

[3] La Cour d'appel du Manitoba a confirmé les déclarations de culpabilité ((2006), 208 Man. R. (2d) 2002, 2006 MBCA 124). Les juges de la majorité ont rejeté l'argument de C.L.Y., qui soutenait que la juge du procès, en examinant d'abord le témoignage de la fillette, avait renversé le fardeau de la preuve, contrairement à la directive donnée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. S'agissant de l'appréciation de la crédibilité, la majorité a conclu ainsi :

> [TRADUCTION] Dans la présente affaire, la juge savait manifestement que sa décision sur la question de la crédibilité n'impliquait pas la culpabilité de l'accusé. Il ressort de ses motifs qu'elle avait très bien compris qu'elle tirait deux conclusions distinctes. Elle n'a pas condamné automatiquement l'accusé à partir de sa conclusion sur la crédibilité. Elle a appliqué les principes relatifs au doute raisonnable.
>
> . . .
>
> En l'espèce, la juge a effectué une analyse claire et concise à l'appui de sa conclusion sur la crédibilité de l'accusé. Ce dernier fait valoir que cette analyse est erronée et devrait être écartée parce que la juge s'est fondée sur l'excellent souvenir des circonstances qu'avait la plaignante pour conclure au manque de crédibilité de l'accusé. À mon sens, cet argument ne met pas en cause l'absence ou l'insuffisance des motifs, mais bien le raisonnement suivi. Or, je ne crois pas qu'il appartienne à un tribunal d'appel de remettre en question le cheminement ou le raisonnement suivi par le juge du procès pour en arriver à sa décision, à moins que sa démarche ne soit clairement erronée. Tel n'est pas le cas en l'espèce. [par. 14 et 16]

[4] Le juge Twaddle, dissident, a conclu que, malgré l'affirmation très claire de la juge du procès qu'elle était au courant des principes énoncés dans l'arrêt *W. (D.)*, il y avait eu un « renversement subtil » du fardeau de la preuve :

> [TRADUCTION] [R]etenir le témoignage de la plaignante avant même d'examiner celui de l'accusé entraîne à tout le moins, de mon point de vue, un renversement subtil du fardeau de la preuve. Après avoir retenu le témoignage de la plaignante, la juge du procès jugera forcément celui de l'accusé moins crédible que si elle l'avait examiné avant d'accepter celui de la plaignante. [par. 32]

En outre, de l'avis du juge Twaddle, il était déraisonnable pour la juge du procès de [TRADUCTION]

solely on the ground of his having too good a recollection of events" (para. 37). He would have overturned the convictions and directed verdicts of acquittal.

[5] While I disagree with Twaddle J.A.'s view that the trial judge's failure to follow the steps articulated in *W. (D.)* resulted in "a subtle shift of the onus of proof", I am of the view that the way the trial judge approached the evidence and credibility of C.L.Y. was highly problematic. Like Twaddle J.A., therefore, I would set aside the convictions. Unlike him, however, I would order a new trial rather than directing the entry of acquittals.

[6] To start, I see no error in connection with the onus of proof. This Court has consistently warned that verdicts of guilt should not be based on "whether [triers of fact] believe the defence evidence or the Crown's evidence" (*W. (D.)*, at p. 757). Rather, the paramount question remains whether, on the whole of the evidence, the trier of fact is left with a reasonable doubt about the guilt of the accused (*R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 361). The following suggested steps in *W. (D.)* are intended to ensure that the trier of fact remains focused on the principle of reasonable doubt:

> First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.
>
> Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.
>
> Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused. [p. 758]

[7] However, and significantly, this Court has also consistently confirmed that these steps need

« ne pas croire les dénégations de culpabilité de l'accusé uniquement parce qu'il avait un souvenir trop précis des événements » (par. 37). Il aurait écarté les déclarations de culpabilité et ordonné l'inscription de verdicts d'acquittement.

[5] Bien que je ne partage pas l'opinion du juge Twaddle selon laquelle l'omission par la juge du procès de suivre les étapes énoncées dans *W. (D.)* a entraîné un « renversement subtil du fardeau de la preuve », je trouve l'approche que la juge du procès a adoptée à l'égard de la preuve et de la crédibilité de C.L.Y. très problématique. Par conséquent, à l'instar du juge Twaddle, je suis d'avis d'annuler les déclarations de culpabilité. Toutefois, contrairement à lui, j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès plutôt que d'ordonner l'inscription de verdicts d'acquittement.

[6] Selon moi, aucune erreur n'a été commise relativement au fardeau de la preuve. Notre Cour a précisé régulièrement que la simple question de savoir si on « ajout[e] foi à la preuve de la défense ou à celle de la poursuite » ne peut servir de fondement à une déclaration de culpabilité (*W. (D.)*, p. 757). La question fondamentale demeure plutôt celle de savoir si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le juge des faits éprouve un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé (*R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 361). Les étapes suivantes, suggérées dans *W. (D.)*, visent à garantir que le juge des faits concentre son attention sur le principe du doute raisonnable :

> Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.
>
> Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.
>
> Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé. [p. 758]

[7] Fait important, notre Cour a toutefois aussi régulièrement confirmé que les juges de première

not be religiously followed or articulated. Cory J. made this very clear in *W. (D.)*:

> . . . the failure to use such language is not fatal if the charge, when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply . . . . [p. 758]

He reiterated this caveat in *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, when he said, at p. 533, that the *W. (D.)* procedure was not meant to be followed "word for word as some magic incantation". The key is whether the correct burden and standard of proof were applied, not what words were used in applying them.

[8] It is noteworthy that in *W. (D.)* itself, despite the trial judge's error in instructing the jury that they were engaged in a credibility contest, the conviction was upheld. This of course does not give trial judges licence to wrongly analyse credibility issues, but it does serve to remind that what *W. (D.)* offered was a helpful map, not the only route. Its purpose was to ensure that triers of fact — judges or juries — understand that the verdict should not be based on a choice between the accused's and Crown's evidence, but on whether, based on the whole of the evidence, they are left with a reasonable doubt as to the accused's guilt (*R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (Ont. C.A.), at pp. 556-57; *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212, at pp. 219 and 240). As Fish J.A. noted in dissent in *R. v. Levasseur* (1994), 89 C.C.C. (3d) 508 (Que. C.A.), at p. 532, in language approved by this Court ([1994] 3 S.C.R. 518):

> The trial judge must make it indisputably clear to the jury that reaching a verdict is not simply a question of choosing the more believable of the two competing stories . . . .

instance ne sont pas tenus de suivre ou d'énoncer servilement les étapes décrites dans l'arrêt *W. (D.)*. Le juge Cory y a d'ailleurs exprimé ce principe très clairement :

> . . . l'omission de se servir de ce modèle n'est pas fatale si l'exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquent . . . [p. 758]

Il a réitéré cette mise en garde dans *R. c. S. (W D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, p. 533, lorsqu'il a affirmé que la formule proposée dans *W. (D.)* n'avait pas à être récitée « mot à mot comme une incantation ». L'essentiel consiste à savoir si le fardeau et la norme de preuve appropriés ont été appliqués, et non quelle formulation a été utilisée pour les appliquer.

[8] Il convient de noter que, dans *W. (D.)*, la déclaration de culpabilité a été maintenue même si le juge du procès a commis une erreur en expliquant aux jurés, dans ses directives, qu'ils se trouvaient devant un concours de crédibilité. Bien entendu, cela n'autorise pas les juges de première instance à commettre des erreurs dans leur analyse des questions de crédibilité, mais permet de rappeler que l'arrêt *W. (D.)* offre, en fait, des repères utiles et non le seul itinéraire possible. Il visait à garantir que les juges des faits — qu'il s'agisse de juges ou de jurés — comprennent que le verdict ne doit pas être fondé sur un choix entre la preuve de l'accusé et celle du ministère public, mais plutôt sur la question de savoir si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, il subsiste dans leur esprit un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé (*R. c. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (C.A. Ont.), p. 556-557; *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212, p. 219 et 240). Comme l'a souligné le juge Fish (maintenant juge de notre Cour), dissident, à la p. 532 de l'arrêt *R. c. Levasseur* (1994), 89 C.C.C. (3d) 508 (C.A. Qué.), dans un passage approuvé par la Cour ([1994] 3 R.C.S. 518) :

> [TRADUCTION] Le juge du procès doit expliquer au jury, dans une directive d'une clarté incontestable, que prononcer un verdict ne se résume pas à choisir la plus crédible des deux histoires contradictoires . . .

To protect the innocent from conviction, we require proof beyond a reasonable doubt. The application of this standard to questions of credibility is an entrenched part of our law. The direction most consonant with this principle is a clear and specific instruction, where credibility is an important issue, that the jury must apply to it the test of reasonable doubt.

[9] This was most recently reinforced by Deschamps J., writing for the majority in *R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, 2005 SCC 72:

The approach set out in *W. (D.)* is not a sacrosanct formula that serves as a straitjacket for trial courts. Trial judges deliver oral judgments every day and often limit their reasons to the essential points. It would be wrong to require them to explain in detail the process they followed to reach a verdict. They need only give reasons that the parties can understand and that permit appellate review: *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, and *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656. [para. 29]

Charron J., dissenting in part, nonetheless echoed this flexibility:

I agree with Deschamps J. that a ritual incantation is not required in every case. The trial judge did not have to repeat the formula set out in *W. (D.)* to demonstrate that she had relied on correct legal principles in assessing the accused's credibility. Moreover, she is presumed to know those principles. Thus, when a trial judge states that he or she "rejects" an accused's testimony, it can generally be concluded that the testimony failed to raise a reasonable doubt in the judge's mind. [para. 59]

(See also *R. v. Minuskin* (2003), 68 O.R. (3d) 577 (C.A.), at para. 22, *per* Rosenberg J.A.; *R. v. Chittick* (2004), 228 N.S.R. (2d) 81, 2004 NSCA 135, at para. 21, *per* Cromwell J.A.)

[10] Here we are dealing with a trial judge sitting without a jury. She is presumed to know a principle as elementary as the presumption of innocence. Her own words confirm her knowledge and

Pour éviter qu'un innocent ne soit déclaré coupable, on exige une preuve de culpabilité hors de tout doute raisonnable. L'application de cette norme aux questions de crédibilité est un principe bien établi de notre droit. La directive la plus compatible avec ce principe, dans les cas où la crédibilité est une question importante, consiste à expliquer expressément et clairement au jury qu'il doit appliquer le critère du doute raisonnable à cette question.

[9] D'ailleurs, cette position de la Cour a été réitérée récemment par la juge Deschamps qui s'exprimait au nom de la majorité dans *R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, 2005 CSC 72 :

La démarche énoncée dans *W. (D.)* ne constitue pas une formule sacro-sainte emprisonnant les tribunaux d'instance dans un carcan. Les juges d'instance rendent quotidiennement des jugements oraux et limitent souvent leurs motifs à l'essentiel. Ce serait une erreur de leur imposer l'obligation d'expliquer par le menu le cheminement qu'ils ont suivi pour arriver au verdict. Il leur suffit de motiver leur jugement de façon à en permettre la compréhension par les parties et l'examen par les tribunaux d'appel : *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, et *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656. [par. 29]

La juge Charron, dissidente en partie, a néanmoins souscrit à l'opinion de sa collègue quant à cette souplesse :

Je conviens avec la juge Deschamps qu'il ne s'agit pas d'exiger une incantation rituelle dans tous les cas. La juge d'instance n'a pas à répéter la formule énoncée dans *W. (D.)* pour démontrer qu'elle s'est fondée sur des principes de droit corrects dans son appréciation de la crédibilité de l'accusé. De plus, la juge est présumée connaître ces principes. Ainsi, lorsqu'un juge d'instance déclare qu'il « rejette » le témoignage de l'accusé, il est généralement permis de conclure que le témoignage n'a pas soulevé de doute raisonnable dans son esprit. [par. 59]

(Voir aussi *R. c. Minuskin* (2003), 68 O.R. (3d) 577 (C.A.), par. 22, le juge Rosenberg; *R. c. Chittick* (2004), 228 N.S.R. (2d) 81, 2004 NSCA 135, par. 21, le juge Cromwell.)

[10] En l'espèce, la juge du procès siégeait sans jury. Elle est présumée connaître un principe aussi fondamental que la présomption d'innocence. Son propre discours confirme qu'elle connaissait et

appreciation of the correct approach. She properly articulated the test in *W. (D.)* and explained:

> . . . I am acutely aware of the test in *W. (D.)* and the necessity of not simply preferring one testimony over another. I am also aware of the recent Manitoba Court of Appeal decisions on assessing credibility in these cases, yet it is difficult to start, other than with an assessment of the complainant's credibility, as that is the cornerstone of the Crown's case. I will, however, be guided by the concerns expressed by the Court of Appeal. [para. 4]

[11] Unlike my colleague Justice Fish, I respectfully see no blueprint for error in the trial judge's failure to observe *W. (D.)* as a catechism. Among several useful observations in *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at pp. 203-5, cautioning appellate judges not to dissect, parse, or microscopically examine the reasons of a trial judge, the following passages by Doherty J.A. are particularly apt reminders in this case:

> A trial judge's reasons cannot be read or analyzed as if they were an instruction to a jury. Instructions provide a road-map to direct lay jurors on their journey toward a verdict. Reasons for judgment are given after a trial judge has reached the end of that journey and explain why he or she arrived at a particular conclusion. They are not intended to be, and should not be read as a verbalization of the entire process engaged in by the trial judge in reaching a verdict. [p. 204]
>
> . . .
>
> . . . Where a phrase in a trial judge's reasons is open to two interpretations, the one which is consistent with the trial judge's presumed knowledge of the applicable law must be preferred over one which suggests an erroneous application of the law: *R. v. Smith* (1989), 95 A.R. 304 (C.A.) at pp. 312-13; affirmed [1990] 1 S.C.R. 991, 109 A.R. 160, 111 N.R. 144. [pp. 203-4]

comprenait ce principe. Elle a exposé correctement le test énoncé dans *W. (D.)* et a donné l'explication suivante :

> [TRADUCTION] . . . je suis parfaitement consciente du critère énoncé dans *W. (D.)* et de la nécessité de ne pas simplement préférer un témoignage à un autre. J'ai également pris connaissance des arrêts récents de la Cour d'appel du Manitoba portant sur l'évaluation de la crédibilité en pareil cas. Et pourtant, il est difficile de commencer autrement qu'en évaluant la crédibilité de la plaignante, puisque c'est l'élément central de la preuve du ministère public. Je tiendrai toutefois compte des préoccupations exprimées par la Cour d'appel. [par. 4]

[11] Soit dit en tout respect, contrairement à mon collègue le juge Fish, je ne crois pas qu'en omettant de se conformer à l'arrêt *W. (D.)* comme à un catéchisme, la juge du procès se soit engagée dans une voie qui mène normalement à l'erreur. Parmi plusieurs remarques utiles formulées dans *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), p. 203-205, pour avertir les juges d'appel de ne pas disséquer, décortiquer ni examiner à la loupe les motifs d'un juge de première instance, les propos suivants du juge Doherty constituent des rappels particulièrement pertinents en l'espèce :

> [TRADUCTION] Les motifs d'un juge de première instance ne peuvent être lus ou analysés comme s'il s'agissait de directives au jury. Les directives guident les jurés profanes dans leur démarche, en leur indiquant le chemin à suivre pour parvenir à un verdict. Le juge du procès exprime ses motifs après être parvenu au terme de sa démarche et y explique pourquoi il en est arrivé à une conclusion en particulier. Les motifs ne sont pas censés exprimer intégralement le raisonnement qui a mené le juge à un verdict et ne doivent pas être perçus comme tels. [p. 204]
>
> . . .
>
> . . . Lorsqu'un énoncé des motifs d'un juge de première instance peut donner lieu à deux interprétations, il faut privilégier celle qui est compatible avec la présomption voulant que le juge du procès connaisse le droit applicable, plutôt que celle qui laisse croire à une application erronée du droit : *R. c. Smith* (1989), 95 A.R. 304 (C.A.), p. 312-313; confirmé par [1990] 1 R.C.S. 991, 109 A.R. 160, 111 N.R. 144. [p. 203-204]

[12] The trial judge's reasons reveal that she understood that a finding that the girl was credible did not mean that the onus shifted to the accused to show that he was not guilty. I find it difficult to see how the sequence in which the trial judge set out her findings of credibility can be said to undermine her articulated and correct statement of the law, or demonstrate that she lost sight of a paramount legal principle like reasonable doubt.

[13] The flaw in this case which *does* lead me to have concerns about the fairness of the trial relates to fundamental misapprehensions and mischaracterizations of the evidence leading to the convictions.

[14] Three witnesses testified at trial — the girl, who was by then nine years old, her mother, and C.L.Y. The mother was not present at either of the alleged incidents. In the words of the trial judge, "Other than the acts complained of, the other evidence from all three is surprisingly consistent" (para. 3).

[15] In reaching the conclusion that C.L.Y.'s evidence did not raise a reasonable doubt in her mind, the trial judge relied primarily on what she said were two features of his evidence: that he was reluctant to admit to any tickling at all, a reluctance she found did not "ring true", and that he remembered a "surprising amount of detail" surrounding the events. I set out her reasoning on these issues in full:

> He denied anything inappropriate with [the complainant]. He had babysat her on more than a few occasions and had seen her last some seven or eight months before the complaint was lodged, yet he was able to provide a surprising amount of detail for incidents in which, according to him, nothing happened.
>
> At the first house, some four years earlier, he testified that the first night they read a book on the floor, that her mother had gone to a party, and that they were reading a Leapfrog book that spelled words. [This related to the third charge of sexual assault for which C.L.Y. was acquitted.]

[12] Il ressort des motifs de la juge du procès qu'elle comprenait que sa conclusion selon laquelle la fillette était crédible n'avait pas pour effet d'inverser le fardeau de la preuve et d'obliger l'accusé à démontrer son innocence. Je vois difficilement comment l'on peut affirmer que l'ordre dans lequel la juge du procès a exposé ses conclusions sur la crédibilité mine son énoncé juste et cohérent de l'état du droit ou démontre qu'elle a perdu de vue un principe de droit prépondérant comme celui du doute raisonnable.

[13] Ce qui pose *véritablement* problème quant à l'équité du procès en l'espèce, ce sont les erreurs fondamentales dans l'appréciation et la qualification de la preuve qui ont mené aux déclarations de culpabilité.

[14] Trois témoins ont déposé au procès — la fillette, qui avait alors neuf ans, sa mère et C.L.Y. La mère n'était pas présente lors des événements allégués. Au dire de la juge du procès, [TRADUCTION] « [s]auf en ce qui concerne les faits reprochés, les trois témoignages sont étonnamment cohérents » (par. 3).

[15] Pour en arriver à la conclusion que le témoignage de C.L.Y. ne soulevait aucun doute raisonnable dans son esprit, la juge du procès s'est fondée principalement sur deux éléments qu'elle a dégagés du témoignage de C.L.Y. : sa réticence à admettre quelque chatouillement que ce soit, ce qui paraissait « invraisemblable », et son souvenir « étonnamment détaillé » des événements. Voici son raisonnement complet sur ces questions :

> [TRADUCTION] Il a nié s'être livré à des gestes répréhensibles à l'endroit de [la plaignante]. Il l'a gardée à plusieurs reprises et l'a vue pour la dernière fois environ sept à huit mois avant le dépôt de la plainte. Pourtant, il a pu décrire de façon étonnamment détaillée des événements au cours desquels, selon lui, il ne s'est rien passé.
>
> Selon son témoignage, dans la première maison, quelque quatre ans plus tôt, le premier soir, la plaignante et lui s'étaient assis par terre pour lire, la mère de la plaignante était allée à une fête et ils avaient lu un livre Leapfrog qui épelait des mots. [Il est question ici du troisième chef d'agression sexuelle dont C.L.Y. a été acquitté.]

There was a similar amount of detail provided respecting the second incident, that her mother had to work late, that when they got to her house he asked her if she had any homework, that they then did a number of spelling or number games while sitting on the bed beside each other, that the mother's boyfriend came home about five o'clock when it was expected he, [the accused], would be there until nine. Again, why would you remember all this detail if nothing happened?

On both the first two occasions, [the accused] was very loathe to admit to the possibility that there might have been any tickling at all, even of an innocuous variety. That does not ring true. There was similarly an incredible amount of detail provided for the third incident, yet it was some seven or eight months before the police came to see him. He even offered that [the girl] changed into jeans from shorts when she came home, although he had no reason to remember that.

In short, respecting [the accused's] testimony, I do not believe it, nor does it raise a reasonable doubt in my mind. The entirety of the circumstances persuades me of the guilt of the accused beyond a reasonable doubt on the last two offences. [Emphasis added; paras. 9-13.]

[16] There is no support in the transcript for the trial judge's conclusion that C.L.Y. "was very loathe to admit to the possibility that there might have been any tickling at all, even of an innocuous variety". C.L.Y. readily acknowledged that he may have tickled the girl, but insisted that he had never tickled her inappropriately. His testimony, under cross-examination, was as follows:

Q: Okay. Now, do you think tickling someone when you're babysitting, do you think there's something wrong with that?

A: I don't believe so, sir.

Q: Well, wouldn't that be something that you might have engaged with her, tickling her?

A: Yes, but not in the area that she specifies.

Q: Okay. So if I asked you to think back, for example, when you were reading her the book, if there was something funny or something going on in the story, did you tickle her then around the waist?

L'accusé a relaté le deuxième événement de façon aussi détaillée. Selon lui, la mère de la plaignante devait travailler tard. En arrivant à la maison de la plaignante, il lui a demandé si elle avait des devoirs à faire. Ils ont ensuite joué à quelques jeux d'épellation ou de nombres, assis côte à côte sur le lit. Le petit ami de la mère est arrivé vers 17 h, alors qu'il [l'accusé] devait garder la plaignante jusqu'à neuf heures. Là encore, comment peut-on se rappeler autant de détails s'il ne s'est rien passé?

En ce qui concerne les deux premiers événements, [l'accusé] a montré beaucoup de réticence à admettre qu'il ait pu y avoir quelque chatouillement que ce soit, même d'un type tout à fait inoffensif. Voilà qui me paraît invraisemblable. L'accusé a pu également fournir une description incroyablement détaillée du troisième événement, même s'il est survenu sept ou huit mois avant que la police ne lui rende visite. Il a même indiqué qu'au retour à la maison, [la fillette] a enlevé son short et enfilé un jean, bien qu'il n'ait eu aucune raison de se souvenir de ce détail.

Bref, pour ce qui est du témoignage [de l'accusé], je n'y crois pas et il ne soulève aucun doute raisonnable dans mon esprit. L'ensemble des circonstances me convainc hors de tout doute raisonnable que l'accusé est coupable des deux derniers chefs d'accusation. [Je souligne; par. 9-13.]

[16] Aucun élément de la transcription n'étaye la conclusion de la juge du procès selon laquelle C.L.Y. « a montré beaucoup de réticence à admettre qu'il ait pu y avoir quelque chatouillement que ce soit, même d'un type tout à fait inoffensif ». C.L.Y. a reconnu volontiers qu'il avait peut-être chatouillé la fillette, mais il a tenu à préciser qu'il ne l'avait jamais chatouillée de façon répréhensible. En contre-interrogatoire, il a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION]

Q : D'accord. Dites-moi, pensez-vous que c'est mal de chatouiller un enfant que vous gardez?

R : Non, monsieur, je ne le crois pas.

Q : Bien. Est-ce possible que vous ayez fait cela avec elle, que vous l'ayez chatouillée?

R : Oui, mais pas là où elle le dit.

Q : D'accord. Si je vous demande de repenser, par exemple, à la fois où vous avez lu un livre, l'avez-vous chatouillée à la taille, s'il y avait un passage drôle ou s'il se passait quelque chose dans l'histoire?

A: I don't remember doing that on that particular occasion of reading that particular book to her, no, sir.

Q: Do you recall occasions when you tickled her?

A: Not there, sir, no.

Q: Well, anywhere. Do you recall tickling her in her waist?

A: I don't recall tickling her at that residence, sir.

Q: Well, or [*sic*] any other occasion, do you recall tickling her?

A: No, sir.

Q: All right. So there was no tickling that took place then, --

A: No, sir.

Q: -- as far as you can recall?

A: No, sir.

Q: Even though there's nothing wrong with tickling, you just said that's not something that happened?

A: No, sir.

Q: All right. So, for example, when she was playing on the Mo-Mo-Mi-Mi computer, if I would suggest that, you know, she got an answer right or an answer wrong, you might have started tickling her in response to that? That -- nothing like that happened?

A: I may have done that on that occasion.

Q: Well, so there may have -- there may have been tickling by you?

A: Yes. Oh, I guess I misunderstood your last question with regards -- I didn't know that you meant all three residences.

Q: Okay. I was under the impression that you don't recall any incident at any house where you were tickling her. Am I wrong about that?

A: I may have tickled her with regards to the Mi-Mi-Mo-Mo residence, but again, not in the area she specified.

Q: Where did you tickle her on that occasion?

A: If I had tickled her, which I do not remember tickling her, I would have tickled her somewhere or around her ribcage area.

R : Je ne me souviens pas de l'avoir chatouillée cette fois-là, lorsque nous avons lu ce livre en particulier, non monsieur.

Q : Vous souvenez-vous de l'avoir déjà chatouillée?

R : Pas là, non monsieur.

Q : Ailleurs alors? Vous souvenez-vous de l'avoir chatouillée à la taille?

R : Je ne me souviens pas de l'avoir chatouillée dans cette maison, monsieur.

Q : Bien. Vous souvenez-vous de l'avoir chatouillée à une autre occasion?

R : Non, monsieur.

Q : C'est bien. Il n'y a pas eu de chatouillement alors --

R : Non, monsieur.

Q : -- dont vous vous souvenez?

R : Non, monsieur.

Q : Même s'il n'y a pas de mal à chatouiller, vous venez de dire que vous ne l'avez pas chatouillée?

R : Non, monsieur.

Q : Parfait. Donc, par exemple, pendant qu'elle jouait au jeu électronique Mo-Mo-Mi-Mi, disons, vous voyez, qu'elle a obtenu une bonne ou une mauvaise réponse, vous auriez pu commencer à la chatouiller, dans ce contexte par exemple? Vous dites que rien de tel ne s'est passé?

R : Je l'ai peut-être fait dans ce contexte.

Q : Bon, il est donc possible -- peut-être que vous l'avez chatouillée?

R : Oui. Euh, je crois que j'ai mal compris votre dernière question au sujet de -- je ne savais pas que vous vouliez parler des trois résidences.

Q : C'est bien. Je croyais que vous ne vous souveniez d'aucun moment où vous l'auriez chatouillé dans aucune maison. Ai-je tort?

R : Je l'ai peut-être chatouillée à la maison où elle jouait au jeu Mi-Mi-Mo-Mo, mais pas là où elle l'a dit.

Q : Où l'avez-vous chatouillée cette fois-là?

R : Si je l'avais chatouillée, et je ne m'en souviens pas, je l'aurais chatouillée autour de la cage thoracique.

Q: Though I suppose if you don't remember, it could have been you were tickling her on her thighs?

A: No, sir, I wouldn't have done that.

Q: Is there something wrong with tickling her on her thighs?

A: Possibly.

Q: Well, what? What would be wrong with tickling a girl on her -- a young girl on her thighs?

A: That is fairly close to her private area, sir. [Emphasis added; A.R., at pp. 112-13.]

As this passage demonstrates, what C.L.Y. was "loathe to admit" was that he had touched the girl inappropriately, not that he had tickled her. This, it seems to me, is a critical error in the trial judge's appreciation of the evidence.

[17] As to the trial judge's conclusion that C.L.Y. was able "to provide a surprising amount of detail", the record shows that he was, in fact, often unable to recall many details. On at least 20 occasions, C.L.Y. testified that he was uncertain or simply unable to remember certain details surrounding the events in question. Again, a review of the transcript reveals that the details that he *was* able to recall were anodyne and explicable, not by any means "surprising".

[18] With respect, where, as here, a trial judge attributes an inappropriate capacity for recollection of detail to a witness who in fact revealed no such capacity, there remain serious concerns about the reliability of the credibility finding.

[19] This Court has said a material misapprehension of the evidence may justify appellate intervention. In *R. v. Lohrer*, [2004] 3 S.C.R. 732, 2004 SCC 80, at para. 1, Binnie J. cited, with approval, the following analysis by Doherty J.A. in *Morrissey*:

Where a trial judge is mistaken as to the substance of material parts of the evidence and those errors play an essential part in the reasoning process resulting in a conviction, then, in my view, the accused's conviction

Q : Mais, je suppose que, si vous ne vous en souvenez pas, vous lui avez peut-être chatouillé les cuisses?

R : Non, monsieur, je n'aurais pas fait ça.

Q : Croyez-vous que c'est mal de lui chatouiller les cuisses?

R : Peut-être.

Q : Comment est-ce mal? Pourquoi serait-ce mal de chatouiller les cuisses d'une fille -- d'une fillette?

R : C'est assez près de ses parties intimes, monsieur. [Je souligne; d.a., p. 112-113.]

Cet extrait révèle en fait que C.L.Y. « a montré [. . .] de la réticence à admettre », non pas qu'il avait chatouillé la fillette, mais qu'il l'avait touchée de façon répréhensible. J'estime que la juge du procès a fait une erreur capitale dans l'appréciation de cette preuve.

[17] Quant à la conclusion de la juge du procès voulant que C.L.Y. ait pu décrire les événements « de façon étonnamment détaillée », il ressort du dossier que l'accusé avait en fait souvent oublié de nombreux détails. À au moins 20 occasions, dans son témoignage, C.L.Y. s'est dit incertain ou a tout simplement déclaré ne pas se rappeler certains détails concernant les événements en cause. Encore une fois, la transcription révèle que les détails dont il se souvenait *bel et bien* étaient anodins et s'expliquaient; ils n'avaient rien d'« étonnant ».

[18] Soit dit en tout respect, lorsque le juge du procès attribue à tort à un témoin une mémoire du détail dont, en fait, il n'a pas fait preuve, il y a matière à s'interroger sérieusement sur la validité de sa conclusion concernant la crédibilité.

[19] Notre Cour a déclaré qu'une interprétation erronée de la preuve peut, si elle est importante, justifier une intervention en appel. Dans l'arrêt *R. c. Lohrer*, [2004] 3 R.C.S. 732, 2004 CSC 80, par. 1, le juge Binnie a cité en l'approuvant l'analyse effectuée par le juge Doherty de la Cour d'appel dans *Morrissey* :

[TRADUCTION] À mon avis, si un juge commet une erreur quant à l'essence d'un élément de preuve important et que cette erreur joue un rôle capital dans le raisonnement à l'origine de la déclaration de culpabilité,

is not based exclusively on the evidence and is not a "true" verdict. . . . If an appellant can demonstrate that the conviction depends on a misapprehension of the evidence then, in my view, it must follow that the appellant has not received a fair trial, and was the victim of a miscarriage of justice. This is so even if the evidence, as actually adduced at trial, was capable of supporting a conviction. [Emphasis added; p. 221.]

As Binnie J. pointed out, this represents a stringent standard, and the misapprehension must "play an essential part not just in the narrative of the judgment but 'in the reasoning process resulting in a conviction'" (para. 2).

[20] In my view, the threshold has been met in this case.

[21] In reaching this conclusion, I am keenly aware that a trial judge occupies a singular perch in assessing credibility (*R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131; *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17, at paras. 20-21). However, based on the record in this case, it is clear that the trial judge's bases for disbelieving C.L.Y. rested on misapprehensions of his evidence and played a critical role in the convictions, rendering them insupportable.

[22] In the circumstances, the appeal is allowed, the convictions quashed, and a new trial ordered.

The reasons of Binnie, Deschamps and Fish JJ. were delivered by

FISH J. —

I

[23] I would allow this appeal on two grounds. The first is that the trial judge rejected the evidence of the appellant for reasons that are not supported by the record. I agree with Justice Abella in this regard and have nothing to add. In

il s'ensuit que la déclaration de culpabilité de l'accusé n'est pas fondée exclusivement sur la preuve et ne constitue pas un verdict « juste » [. . .] Si un appelant peut démontrer que la déclaration de culpabilité repose sur une interprétation erronée de la preuve, force est de conclure, selon moi, que l'appelant n'a pas subi un procès équitable et qu'il a été victime d'une erreur judiciaire. Tel est le cas même si la preuve réellement produite au procès était susceptible d'étayer une déclaration de culpabilité. [Je souligne; p. 221.]

Comme l'a souligné le juge Binnie, il s'agit d'une norme stricte, et l'interprétation erronée de la preuve doit avoir « joué un rôle capital non seulement dans les motifs du jugement, mais encore "dans le raisonnement à l'origine de la déclaration de culpabilité" » (par. 2).

[20] À mon avis, ce seuil a été franchi en l'espèce.

[21] Je tire cette conclusion en sachant très bien que le juge de première instance occupe une position privilégiée pour ce qui est d'évaluer la crédibilité (*R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, p. 131; *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17, par. 20-21). Toutefois, il ressort clairement du dossier en l'espèce que, si la juge n'a pas accordé foi au témoignage de C.L.Y., c'est qu'elle ne l'a pas apprécié correctement et cette erreur a joué un rôle capital dans les condamnations, de sorte qu'elles doivent être cassées.

[22] Dans les circonstances, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Binnie, Deschamps et Fish rendus par

LE JUGE FISH —

I

[23] J'accueillerais le pourvoi pour deux motifs. D'abord, parce que la juge de première instance a écarté la preuve de l'appelant pour des motifs qui ne sont pas étayés par le dossier. Sur ce point, je souscris à l'opinion de la juge Abella et je n'ai rien à

my respectful view, however, the appeal should be allowed on a second ground as well. Reading the trial judge's reasons as a whole, as we must, I agree with Twaddle J.A., dissenting in the Court of Appeal, that the trial judge misapplied the burden of proof in this case.

II

[24] Unlike Justice Abella, I find little comfort in the trial judge's allusion to the analytical framework recommended by *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. And I find less comfort still in the explanation she gave for departing from that framework here. The trial judge felt bound to assess the credibility of the complainant before considering the evidence of the accused because, in her words, the complainant's credibility was "the cornerstone of the Crown's case" (2005 CarswellMan 562, at para. 4).

[25] It seems to me, on the contrary, that this is precisely the kind of case where a departure from *W. (D.)* is fraught with particular danger. The *very purpose* of adhering to the procedure set out in *W. (D.)* is to foreclose an inadvertent shifting of the burden of proof where the complainant and the accused have both testified and the outcome of the trial turns on their credibility as witnesses.

[26] That was the case here. And the risk of an inadvertent shift in the burden of proof materialized, as the reasons of the trial judge make plain. The trial judge accepted the evidence of the complainant without taking into account *at all* the contrary evidence of the appellant. Before even considering the appellant's evidence, the trial judge had concluded not only that the complainant's evidence was "credible", but that it was in fact true: "I believe the complainant", she stated (at para. 6).

[27] This conclusion, premature at best, amounted to a finding that the appellant was guilty as charged. As a matter of law, the appellant was presumed innocent; as a matter of fact, his fate had

ajouter. J'estime toutefois, avec égards, que le pourvoi devrait aussi être accueilli pour un deuxième motif. Après avoir lu les motifs de la juge du procès dans leur ensemble, comme il se doit, je suis d'accord avec le juge Twaddle, dissident en Cour d'appel, pour dire qu'elle a mal appliqué, en l'espèce, les principes régissant le fardeau de la preuve.

II

[24] Contrairement à ma collègue, la juge Abella, je suis bien peu rassuré par l'allusion de la juge du procès au cadre analytique dont l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, recommande l'usage, et encore moins par la justification qu'elle a donnée pour s'en écarter en l'espèce. La juge du procès s'estimait tenue d'évaluer la crédibilité de la plaignante avant d'examiner la preuve de l'accusé parce que, selon elle, la crédibilité de la plaignante était [TRADUCTION] « l'élément central de la preuve du ministère public » (2005 CarswellMan 562, par. 4).

[25] Au contraire, j'estime qu'il s'agit ici précisément du type de cause où il est particulièrement risqué de s'écarter de la procédure décrite dans *W. (D.)*. Son respect *vise précisément* à empêcher le renversement involontaire du fardeau de la preuve, dans les cas où le plaignant et l'accusé ont tous les deux témoigné et où l'issue du procès tient à leur crédibilité.

[26] Tel était le cas en l'espèce. Et le risque de renversement involontaire du fardeau de la preuve s'est réalisé, comme cela ressort clairement des motifs de la première juge. Celle-ci a retenu le témoignage de la plaignante sans *du tout* tenir compte de la preuve contraire de l'appelant. Avant même d'examiner le témoignage de ce dernier, elle avait conclu non seulement que celui de la plaignante était « crédible », mais également qu'il était en fait véridique : [TRADUCTION] « Je crois la plaignante » a-t-elle affirmé (par. 6).

[27] Cette conclusion, au mieux prématurée, revenait à conclure que l'appelant était coupable des actes qui lui étaient reprochés. En droit, l'appelant était présumé innocent; or, dans les faits, son

been sealed *without any consideration at all* of his evidence under oath at trial.

[28] Only then did the trial judge turn to the evidence of the accused, and she did so in these terms:

> In assessing [the accused's] testimony, I am aware that I have already found [the complainant] to be credible, but I will explain why I disbelieve [the accused] and why his evidence does not raise a reasonable doubt in my mind. [para. 8]

[29] I accept the proposition from *R. v. Morrisey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), adopted by my colleague that a trial judge's reasons "should not be read as a verbalization of the entire process engaged in by the trial judge in reaching a verdict" (p. 204). That is a very different thing, however, from disregarding what a trial judge carefully and explicitly describes as the pathway to her decision. Her statement quoted above could not be understood by the convicted accused, and should not be misunderstood by us, as anything other than that the trial judge had accepted the credibility of the complainant *before* "assessing" (her word) the evidence of the accused.

[30] Unfortunately, the appellant's presumption of innocence had by that point been displaced by a presumption — indeed, a *finding* — of guilt. The trial judge could hardly believe *both* the appellant *and* the complainant. Before even considering the appellant's evidence, she had already concluded that she believed the complainant. In effect, the trial judge had thus decided to convict the appellant unless his evidence persuaded her to do otherwise.

III

[31] This brings me back to the first and additional ground for allowing the appeal. In order to

sort avait été scellé *sans qu'il ne soit du tout tenu compte* du témoignage qu'il a rendu sous serment au procès.

[28] Ce n'est qu'à ce moment que la juge du procès s'est penchée sur le témoignage de l'accusé, et ce, dans les termes suivants :

> [TRADUCTION] J'apprécie le témoignage [de l'accusé], en étant consciente d'avoir déjà conclu à la crédibilité [de la plaignante], mais je vais expliquer pourquoi je ne crois pas [l'accusé] et pourquoi son témoignage ne soulève pas de doute raisonnable dans mon esprit. [par. 8]

[29] Je suis d'accord avec la proposition, énoncée dans *R. c. Morrisey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), et retenue par ma collègue, selon laquelle les motifs d'un juge du procès ne servent pas à exprimer [TRADUCTION] « intégralement le raisonnement qui a mené le juge à un verdict et ne doivent pas être perçus comme tels » (p. 204). C'est toutefois tout autre chose que de ne pas tenir compte de la description minutieuse et explicite par la juge de première instance du raisonnement qui l'a menée à sa décision. Ses propos cités précédemment ne pouvaient avoir qu'une signification pour l'accusé qui a été déclaré coupable — et nous ne devons pas commettre l'erreur de lui en attribuer une autre —, soit que la juge du procès avait conclu à la crédibilité de la plaignante *avant même* « d'apprécier » (elle a utilisé le terme « *assessing* ») le témoignage de l'accusé.

[30] Malheureusement, la présomption d'innocence de l'appelant avait, dès lors, cédé la place à une présomption — en fait, à une *conclusion* — de culpabilité. La juge du procès pouvait difficilement croire *à la fois* l'appelant *et* la plaignante. Avant même de se pencher sur la preuve de l'appelant, je le répète, elle avait déjà conclu qu'elle croyait la plaignante. En fait, la juge avait ainsi décidé de déclarer l'appelant coupable à moins que son témoignage ne la convainque du contraire.

III

[31] Ces propos me ramènent à l'autre motif justifiant d'accueillir le pourvoi. Pour accorder foi au

lend credit to the appellant's evidence, the trial judge would have had to abandon her conclusion, already reached, that the complainant's evidence was not only credible, but true. As Justice Abella demonstrates, the trial judge instead rejected the appellant's evidence for reasons that are in fact groundless. I feel bound to say that the trial judge would likely have guarded herself against invoking those reasons had she followed the analytical framework set out in *W. (D.)*.

[32] Adherence to that framework, though generally appropriate, is by no means mandatory. Likewise, mere reference to it will not suffice in all cases: A correct statement of the burden of proof can scarcely save its evident misapplication, as in this case.

[33] In short, judges may know the law, yet err in its application; they may know the facts, yet make findings of credibility unsupported by the record. What matters in either instance is the substance and not the form of the decision. For the reasons given, I have concluded, with respect, that the judgment at trial is flawed in substance: The trial judge erred in law by shifting the burden of proof, and she erred as well in rejecting the appellant's evidence on grounds unsupported by the record.

[34] I would therefore allow the appeal, set aside the appellant's convictions and order a new trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Johnston & Company, Dauphin, Manitoba.

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

témoignage de l'appelant, la juge du procès aurait dû revenir sur la conclusion, qu'elle avait déjà tirée, selon laquelle le témoignage de la plaignante était non seulement crédible, mais véridique. Comme le démontre la juge Abella, la juge du procès a plutôt rejeté le témoignage de l'appelant pour des motifs qui, en fait, ne sont pas fondés. Je m'estime tenu de préciser que la juge du procès se serait vraisemblablement gardée d'invoquer ces motifs si elle avait suivi le cadre analytique énoncé dans *W. (D.)*.

[32] L'application de ce cadre, bien qu'elle soit généralement appropriée, n'est nullement obligatoire. En revanche, se contenter d'en faire mention ne suffira pas dans tous les cas. Un énoncé juste du fardeau de la preuve ne saurait guère pallier son application manifestement erronée, comme en l'espèce.

[33] En somme, les juges peuvent connaître le droit et néanmoins commettre des erreurs en l'appliquant; ils peuvent connaître les faits et néanmoins tirer des conclusions quant à la crédibilité qui ne sont pas étayées par le dossier. Dans un cas comme dans l'autre, c'est le fond de la décision qui importe et non sa forme. Pour les motifs déjà exposés, j'ai conclu, avec égards, que le jugement de première instance est vicié quant au fond : la juge du procès a commis une erreur de droit en renversant le fardeau de la preuve et s'est aussi trompée en rejetant le témoignage de l'appelant pour des motifs qui ne sont pas étayés par le dossier.

[34] En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Johnston & Company, Dauphin, Manitoba.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Attorney General of British Columbia *Appellant*

v.

Insurance Corporation of British Columbia *Respondent*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL) *v.* INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA

Neutral citation: 2008 SCC 3.

File No.: 31515.

2007: December 12; 2008: February 7.

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

Police — Torts committed by police officers — Scope of vicarious liability of Attorney General — Police officer chasing stolen car in city street — Innocent driver killed in collision with stolen car — Uninsured 14-year-old driver of stolen car found 90 percent liable and police officer 10 percent — Multiple tortfeasors at fault for same damage jointly and severally liable under Negligence Act — No action for damages lying against police officer under Police Act for acts of simple negligence done in performance of duty — Liability arising from police officer's fault transferred to Attorney General — Attorney General's liability not limited to proportion of damages attributed to fault of police officer — Victim entitled to full compensation from Attorney General as damages indivisible — Police Act, R.S.B.C. 1996, c. 367, ss. 11, 21 — Negligence Act, R.S.B.C. 1996, c. 333, s. 4(2).

Held: The appeal should be dismissed.

Statutes and Regulations Cited

Family Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 126.

Procureur général de la Colombie-Britannique *Appelant*

c.

Insurance Corporation of British Columbia *Intimée*

RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL) *c.* INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA

Référence neutre : 2008 CSC 3.

N° du greffe : 31515.

2007 : 12 décembre; 2008 : 7 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 LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Police — Délits civils commis par les agents de police — Étendue de la responsabilité du procureur général pour le fait d'autrui — Agent de police poursuivant une voiture volée dans les rues de la ville — Conductrice innocente tuée dans une collision avec la voiture volée — Conducteur de la voiture volée âgé de 14 ans et non assuré tenu responsable dans une proportion de 90 p. 100 et l'agent de police dans une proportion de 10 p. 100 — Solidarité imposée par la Negligence Act aux coauteurs de délits civils responsables d'un même dommage — Immunité civile accordée aux agents de police par la Police Act pour les actes de simple négligence commis dans l'exercice de leurs fonctions — Responsabilité découlant de la faute de l'agent de police imputée au procureur général — Responsabilité du procureur général à l'égard des dommages-intérêts non limitée à la part de ceux-ci attribuée à la faute de l'agent de police — Victime ayant droit à une indemnisation intégrale de la part du procureur général vu le caractère indivisible des dommages-intérêts — Police Act, R.S.B.C. 1996, ch. 367, art. 11, 21 — Negligence Act, R.S.B.C. 1996, ch. 333, art. 4(2).

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Lois et règlements cités

Family Compensation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 126.

Negligence Act, R.S.B.C. 1996, c. 333, s. 4.
Police Act, R.S.B.C. 1996, c. 367, ss. 11, 21.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Ryan, Levine and Smith JJ.A.), [2005] 8 W.W.R. 149, 209 B.C.A.C. 144, 41 B.C.L.R. (4th) 43, 21 C.C.L.I. (4th) 195, 2005 CarswellBC 417, [2005] B.C.J. No. 363 (QL), 2005 BCCA 104, affirming in part a decision of Allan J. (2003), 15 B.C.L.R. (4th) 305, 50 C.C.L.I. (3d) 219, [2003] B.C.J. No. 1461 (QL), 2003 BCSC 958. Appeal dismissed.

D. Geoffrey Cowper and *Helen Roberts*, for the appellant.

Terrence L. Robertson, Q.C., and *Guy P. Brown*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] LeBel J. — The Attorney General of British Columbia ("AGBC") appeals from a judgment in which the British Columbia Court of Appeal held him vicariously liable to pay damages resulting from the death of a driver in a crash that occurred during a police chase of a stolen car. For the reasons which follow, the AGBC is in my opinion liable for all the damages, and I would accordingly dismiss the appeal.

[2] T.B., who was 14 years old, stole a car. An RCMP constable pursued the car through the streets of Vancouver. T.B. hit a car driven by a woman, who died in the collision. The woman's family sued T.B. and the AGBC for compensation under the *Family Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 126. The British Columbia Supreme Court found T.B. 90 percent at fault and the police officer 10 percent at fault.

[3] Section 4(2) of the *Negligence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 333, provides that multiple tortfeasors who

Negligence Act, R.S.B.C. 1996, ch. 333, art. 4.
Police Act, R.S.B.C. 1996, ch. 367, art. 11, 21.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Ryan, Levine et Smith), [2005] 8 W.W.R. 149, 209 B.C.A.C. 144, 41 B.C.L.R. (4th) 43, 21 C.C.L.I. (4th) 195, 2005 CarswellBC 417, [2005] B.C.J. No. 363 (QL), 2005 BCCA 104, qui a confirmé en partie une décision du juge Allan (2003), 15 B.C.L.R. (4th) 305, 50 C.C.L.I. (3d) 219, [2003] B.C.J. No. 1461 (QL), 2003 BCSC 958. Pourvoi rejeté.

D. Geoffrey Cowper et *Helen Roberts*, pour l'appelant.

Terrence L. Robertson, c.r., et *Guy P. Brown*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] Le juge LeBel — Le procureur général de la Colombie-Britannique (« procureur général ») se pourvoit contre un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui l'a reconnu responsable, sur la base du fait d'autrui, relativement aux dommages-intérêts résultant du décès d'une conductrice lors d'une collision survenue au cours d'une poursuite policière à laquelle a donné lieu le vol d'un véhicule. Pour les motifs qui suivent, j'estime que le procureur général est responsable du paiement de la totalité des dommages-intérêts et, en conséquence, je rejetterais le pourvoi.

[2] T.B., alors âgé de 14 ans, vole une automobile. Un agent de la GRC prend l'automobile en chasse dans les rues de Vancouver. T.B. heurte une automobile conduite par une femme, laquelle perd la vie dans la collision. La famille de la victime intente, contre T.B. et contre le procureur général, une action en indemnisation sous le régime de la *Family Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 126. La Cour suprême de la Colombie-Britannique statue que la responsabilité de T.B. s'établit à 90 p. 100 et celle du policier à 10 p. 100.

[3] Le paragraphe 4(2) de la *Negligence Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 333, établit que les coauteurs de

are found to be at fault for the same damage are jointly and severally liable. Under the *Police Act*, R.S.B.C. 1996, c. 367, s. 11, the AGBC is deemed to be liable for torts committed by provincial constables in the performance of their duties. Section 21(2) of the *Police Act* exempts police officers from liability to pay damages resulting from acts of simple negligence in the performance of their duties by barring any actions against them. According to s. 11, the AGBC is "jointly and severally" liable for torts committed by a police officer.

[4] After the initial finding of liability and a judgment which determined the amount of compensation, the focus of the litigation shifted to determining who would pay the compensation — the AGBC or the Insurance Corporation of British Columbia ("ICBC") — given that T.B. was an uninsured driver.

[5] The judgments of the Supreme Court of British Columbia and the Court of Appeal addressed the scope of the AGBC's vicarious liability and other questions relating to ICBC's liability. The chambers judge held that the AGBC was jointly and severally liable with T.B. for the damages, and that ICBC was required to pay the portion of the damages attributed to T.B. ((2003), 15 B.C.L.R. (4th) 305, 2003 BCSC 958). Levine J.A., writing for the Court of Appeal, upheld the finding of joint and several liability against the AGBC, but held that the AGBC was not entitled to contribution from ICBC ((2005), 209 B.C.A.C. 144, 2005 BCCA 104).

[6] In the meantime, the family of the deceased received full payment of the damages from the AGBC. It assigned its rights to the AGBC. Legal proceedings between the AGBC and ICBC concerning their respective contributions to the

délits civils jugés responsables d'un même dommage sont solidairement responsables de ce dommage. Suivant l'article 11 de la *Police Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 367, le procureur général est réputé responsable des délits civils commis par les agents de police provinciaux dans l'exercice de leurs fonctions. En interdisant les recours contre ces derniers, le par. 21(2) de la *Police Act* les dégage de la responsabilité de payer les dommages-intérêts découlant des actes simplement négligents qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions. Aux termes de l'art. 11, le procureur général est [TRADUCTION] « solidairement » responsable des délits civils commis par les agents de police.

[4] Après la déclaration initiale de responsabilité et le prononcé du jugement établissant le montant de l'indemnité, le débat a ensuite porté sur la question de savoir qui paierait l'indemnité : le procureur général ou l'Insurance Corporation of British Columbia (« ICBC »), étant donné que T.B. n'était pas assuré.

[5] Dans leurs jugements, la Cour suprême de la Colombie-Britannique et la Cour d'appel de cette province ont examiné l'étendue de la responsabilité du fait d'autrui du procureur général ainsi que d'autres questions relatives à la responsabilité de l'ICBC. La juge siégeant en cabinet a statué que le procureur général et T.B. étaient solidairement responsables du paiement des dommages-intérêts et que l'ICBC devait payer la fraction de ceux-ci attribuée à T.B. ((2003), 15 B.C.L.R. (4th) 305, 2003 BCSC 958). S'exprimant au nom de la Cour d'appel, la juge Levine a confirmé la conclusion selon laquelle le procureur général était solidairement responsable, mais elle a jugé que ce dernier n'avait droit à aucune contribution de la part de l'ICBC ((2005), 209 B.C.A.C. 144, 2005 BCCA 104).

[6] Dans l'intervalle, la famille de la défunte a reçu du procureur général le paiement intégral des dommages-intérêts et lui a cédé ses droits. Des poursuites opposant le procureur général et l'ICBC sont toujours en cours devant des tribunaux de la

damages are still under way in the British Columbia courts.

[7] At the hearing in this Court, the AGBC stated that the sole issue before us is the scope of his vicarious liability under the *Police Act*. He asserted that the Court need not comment on any other issue.

[8] The AGBC addressed the scope of his liability. In brief, he argued that it is limited and does not exceed the proportion of the damages attributed to the fault of the police officer.

[9] In my opinion, Levine J.A. correctly defined the scope and effect of the vicarious liability imposed on the AGBC for torts committed by police officers. She stated, at paras. 21 and 22, that the AGBC's liability was the liability that would have been imposed on the officer were it not for the immunity granted in s. 21.

[10] Section 21 grants immunity to the police officer. But s. 11 protects the victim by transferring the tortfeasor's liability to the AGBC. The AGBC takes the officer's place. The victim retains his or her rights, but against a different debtor. If the officer would have been jointly and severally liable with another tortfeasor but for the statutory immunity, the AGBC will also be so liable.

[11] Under the *Police Act*, the imposition of vicarious liability requires fault on the officer's part and damages. Section 21 exempts the officer from liability, and the liability arising from his fault is transferred to the AGBC. As the damages are deemed to be indivisible, the police officer and T.B. would normally be jointly and severally liable under s. 4(2) of the *Negligence Act*. Because s. 21(2) of the *Police Act* exempts the officer from liability while s. 11 deems the AGBC to be liable,

Colombie-Britannique au sujet de leur contribution respective au paiement des dommages-intérêts.

[7] Devant notre Cour, le procureur général a déclaré que la seule question en litige était l'étendue de sa responsabilité pour le fait d'autrui pour les besoins de l'application de la *Police Act*. Il a affirmé que la Cour n'avait pas à se prononcer sur d'autres questions.

[8] Le procureur général a formulé des observations quant à l'étendue de la responsabilité solidaire. En résumé, il a soutenu que sa responsabilité était limitée et n'excédait pas la fraction des dommages-intérêts attribuable à la faute de l'agent de police.

[9] À mon avis, la juge Levine a bien défini l'étendue et l'effet de la responsabilité du fait d'autrui imposée au procureur général pour les délits civils commis par des agents de police. Comme elle l'affirme, aux par. 21 et 22, le procureur général s'est vu attribuer la responsabilité qui aurait été imposée à l'agent de police en l'absence de l'immunité prévue par l'art. 21.

[10] L'article 21 accorde une immunité aux agents de police, mais l'art. 11 protège toutefois la victime en imposant au procureur général la responsabilité qui incomberait par ailleurs à l'auteur du délit civil. Le procureur général assume donc la responsabilité imputable à l'agent de police. La victime conserve ses droits, mais contre un débiteur différent. Si, n'eût été l'immunité légale dont il jouit, l'agent de police avait été solidairement responsable avec une autre personne du délit civil en cause, le procureur général aurait lui aussi été responsable.

[11] Suivant la *Police Act*, pour qu'il y ait imputation de la responsabilité à l'égard du fait d'autrui, il doit y avoir eu faute de l'agent de police concerné et des dommages doivent avoir été subis. Dans un tel cas, en vertu l'art. 21 de cette loi, l'agent de police bénéficie de l'immunité civile et la responsabilité découlant de sa faute est imputée au procureur général. Comme les dommages-intérêts sont réputés indivisibles, l'agent de police et T.B. seraient normalement solidairement responsables

the victim is entitled to claim full compensation from the AGBC.

[12] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs in our Court.

APPENDIX

Relevant Statutory Provisions

Negligence Act, R.S.B.C. 1996, c. 333

4 (1) If damage or loss has been caused by the fault of 2 or more persons, the court must determine the degree to which each person was at fault.

(2) Except as provided in section 5 if 2 or more persons are found at fault

(a) they are jointly and severally liable to the person suffering the damage or loss . . . .

Police Act, R.S.B.C. 1996, c. 367

11 (1) The minister, on behalf of the government, is jointly and severally liable for torts committed by

(a) provincial constables, auxiliary constables, special provincial constables and enforcement officers appointed on behalf of a ministry, if the tort is committed in the performance of their duties . . . .

21 (1) In this section, "police officer" means a person holding an appointment as a constable under this Act.

(2) No action for damages lies against a police officer or any other person appointed under this Act for anything said or done or omitted to be said or done by him or her in the performance or intended performance of his or her duty or

aux termes du par. 4(2) de la *Negligence Act*. Étant donné que le par. 21(2) de la *Police Act* protège l'agent de police contre les poursuites et que l'art. 11 impute la responsabilité des actes de l'agent au procureur général, la victime a le droit de demander à ce dernier de l'indemniser intégralement.

[12] Pour ces motifs, je rejetterais le pourvoi, avec dépens devant notre Cour.

ANNEXE

Dispositions législatives pertinentes

Negligence Act, R.S.B.C. 1996, ch. 333

[TRADUCTION]

4 (1) Si deux personnes ou plus ont, par leur faute, causé un dommage ou une perte, le tribunal détermine la part de responsabilité de chacune d'elle.

(2) Sous réserve des dispositions de l'article 5, si deux personnes ou plus sont jugées responsables :

(a) elles sont solidairement responsables envers la personne ayant subi le dommage ou la perte;

Police Act, R.S.B.C. 1996, ch. 367

[TRADUCTION]

11 (1) Le ministre, en tant que représentant du gouvernement, est solidairement responsable des délits civils commis par les personnes suivantes :

(a) les constables provinciaux, les constables auxiliaires, les constables provinciaux spéciaux et les agents d'exécution de la loi nommés comme représentants d'un ministère, si le délit civil est commis dans l'exercice de leurs fonctions.

21 (1) Pour l'application du présent article, « agent de police » s'entend d'une personne qui a été nommée constable en vertu de la présente loi.

(2) Sont irrecevables les actions en dommages-intérêts introduites contre un agent de police ou toute autre personne nommée en vertu de la présente loi soit pour les actes qui ont été accomplis ou auraient dû l'être ou les énonciations qui ont

in the exercise of his or her power or for any alleged neglect or default in the performance or intended performance of his or her duty or exercise of his or her power.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Harper Grey, Vancouver.

été faites ou auraient dû l'être dans l'exercice effectif ou censé tel de ses pouvoirs et fonctions, soit pour une négligence ou un manquement qui aurait été commis dans l'exercice effectif ou censé tel de ses pouvoirs et fonctions.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelant : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Harper Grey, Vancouver.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Dean Richard Zastowny *Respondent/Appellant on cross-appeal*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA *v.* ZASTOWNY

Neutral citation: 2008 SCC 4.

File No.: 31552.

2007: December 14; 2008: 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 BRITISH COLUMBIA

Damages — Past and future wage loss — Periods of incarceration — Plaintiff seeking damages for injuries suffered as consequence of sexual assaults — Whether plaintiff entitled to compensation for wage loss while he was incarcerated — Whether plaintiff can be compensated for time spent in prison after he became eligible for parole — Whether recovery for past wage loss while incarcerated barred by application of ex turpi causa non oritur actio doctrine or novus actus interveniens doctrine — Whether Court of Appeal erred in reducing award for loss of future earnings.

In 1988, Z was twice sexually assaulted by a prison official while imprisoned for a break and enter committed to support a crack cocaine addiction. After his release from prison, Z became addicted to heroin and a repeat offender. He was in prison for 12 of the next 15 years. In 2003, Z commenced an action seeking damages for the sexual assaults. A psychologist testified that the assaults caused Z to start using heroin and exacerbated his substance abuse and criminality. Z was awarded general and aggravated damages, the cost of future counselling, and compensation for past and future wage losses. The award for past wage losses included compensation for time spent in prison.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique *Appelante/intimée au pourvoi incident*

c.

Dean Richard Zastowny *Intimé/appelant au pourvoi incident*

RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE *c.* ZASTOWNY

Référence neutre : 2008 CSC 4.

N° du greffe : 31552.

2007 : 14 décembre; 2008 : 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 LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Dommages-intérêts — Perte de rémunération antérieure et ultérieure — Périodes d'incarcération — Demandeur sollicitant des dommages-intérêts pour le préjudice que des agressions sexuelles lui ont causé — Le demandeur a-t-il droit à une indemnité pour la perte de rémunération subie pendant qu'il était incarcéré? — Le demandeur peut-il être indemnisé pour le temps qu'il a passé derrière les barreaux après être devenu admissible à la libération conditionnelle? — L'application du principe ex turpi causa non oritur actio ou du principe novus actus interveniens fait-elle obstacle à l'indemnisation de la perte de rémunération antérieure subie pendant l'incarcération? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en abaissant le montant de l'indemnité accordée pour la perte de revenus ultérieure?

En 1988, Z a été agressé sexuellement à deux reprises par un employé de la prison où il était incarcéré pour avoir commis une introduction par effraction destinée à satisfaire sa dépendance au crack. Après sa remise en liberté, Z est devenu héroïnomane et récidiviste. Il a passé 12 des 15 années suivantes en prison. En 2003, Z a intenté une action en dommages-intérêts pour les agressions sexuelles dont il avait été victime. Un psychologue a témoigné que Z avait commencé à consommer de l'héroïne à cause de ces agressions, qui avaient également accentué sa toxicomanie et sa criminalité. Z a obtenu des dommages-intérêts généraux et majorés, ainsi que des indemnités pour des frais de consultation futurs et pour la

The Court of Appeal reduced the award for past wage loss in order to compensate Z only for the time spent in prison after eligibility for parole and it reduced Z's future wage loss by 30 percent to reflect his high risk of recidivism.

Held: The appeal should be allowed and the cross-appeal should be dismissed.

A person is not entitled to compensation for periods of unemployment due to incarceration for conduct which the criminal law has determined worthy of punishment, except for exceptional circumstances such as a wrongful conviction. To hold otherwise would create a "clash" between the criminal and civil law which would compromise the integrity of our justice system. Compensation for wages lost while in prison should only be given where it does not undermine a lawfully imposed criminal sanction. [3] [42]

The doctrine of *ex turpi causa non oritur actio* is a defence that invalidates an otherwise valid and enforceable tort action in order to preserve the integrity of the legal system. It precludes damage awards that allow a person to profit from illegal or wrongful conduct or that permit evasion or rebate of a penalty prescribed by the criminal law. It does not preclude damages for personal injury. Because it is a defence, it is independent of the duty of care owed by the defendant and the defendant must prove that the plaintiff's illegal or immoral conduct precludes the action. In this case, Z should not be compensated for loss of wages while in prison because such compensation would constitute a rebate of the consequences of Z's criminal acts. Z is personally responsible for his acts and their consequences. He cannot attribute them to others and evade or seek rebate of those consequences. No distinction should be made between "core time" of incarceration and "extra time" because Z's lawfully imposed sentence consisted of both time before and after parole eligibility. [18] [20] [22] [30] [32]

The *novus actus interveniens* doctrine should not be conflated with the *ex turpi* doctrine. A factual chain of causation is not broken because the civil law is brought

perte de rémunération antérieure et ultérieure. Les dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération antérieure comprenaient une indemnité pour le temps passé en prison. La Cour d'appel a abaissé le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération antérieure de manière à indemniser Z uniquement pour le temps qu'il a passé derrière les barreaux après être devenu admissible à la libération conditionnelle, et elle a réduit de 30 p. 100 les dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération ultérieure de manière à tenir compte du risque élevé de récidive qu'il présentait.

Arrêt : Le pourvoi principal est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

À l'exception des cas exceptionnels où, par exemple, quelqu'un a été condamné à tort, une personne ne peut pas être indemnisée pour les périodes de chômage due à l'incarcération pour un comportement qui mérite d'être puni selon le droit criminel. Conclure le contraire créerait entre le droit criminel et le droit civil un « conflit » qui compromettrait l'intégrité de notre système de justice. L'indemnisation de la perte de rémunération subie pendant une période d'incarcération ne devrait avoir lieu que si elle ne mine pas une sanction pénale légitimement infligée. [3] [42]

Le principe *ex turpi causa non oritur actio* est un moyen de défense qui entraîne le rejet d'actions par ailleurs valides et recevables afin de préserver l'intégrité du système juridique. Il empêche l'attribution de dommages-intérêts qui a pour effet de permettre à une personne de tirer profit de sa conduite illégale ou fautive, ou qui fait en sorte qu'elle échappe à une sanction pénale ou qu'elle bénéficie d'une réduction de cette sanction. Il n'empêche pas l'attribution de dommages-intérêts pour le préjudice personnel. Du fait qu'il constitue un moyen de défense, le principe *ex turpi* est indépendant de l'obligation de diligence qui incombe au défendeur et ce dernier doit prouver que la conduite illégale ou immorale du demandeur fait obstacle à son action. En l'espèce, Z ne doit pas être indemnisé de la perte de rémunération subie pendant qu'il était incarcéré étant donné que cette indemnisation atténuerait les conséquences de ses actes criminels. Z est personnellement responsable de ses actes et de leurs conséquences. Il ne peut les attribuer à autrui ni esquiver leurs conséquences ou chercher à les faire atténuer. Aucune distinction ne devrait être établie entre « période fixe » et « période additionnelle », du fait que la peine légitimement infligée à Z comprenait les périodes antérieure et ultérieure à l'admissibilité à la libération conditionnelle. [18] [20] [22] [30] [32]

Le principe *novus actus interveniens* ne doit pas être confondu avec le principe *ex turpi*. Un lien de causalité factuel n'est pas rompu en raison d'un conflit entre

into conflict with the criminal law. Applying the *novus actus* doctrine in this case would inappropriately suggest that the chain of causation was broken by Z going to prison. No basis arises to interfere with the trial judge's finding of causation or the damages awarded for wages lost when Z was not in prison. The award for past wage loss should be reduced to exclude the periods of time when Z was in prison. [36-39]

With respect to the cross-appeal, the Court of Appeal did not err in reducing the award for future wage loss. Z represents a high risk of recidivism and the award should be reduced to reflect the likelihood of Z being sent back to prison. [44]

Cases Cited

Discussed: *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; **referred to:** *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *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; *State Rail Authority of New South Wales v. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500; *Clunis v. Camden and Islington Health Authority*, [1998] Q.B. 978; *Worrall v. British Railways Board*, [1999] E.W.J. No. 2025 (QL).

Authors Cited

Banakas, E. K. "Tort Damages and the Decline of Fault Liability: Plato Overruled, But Full Marks to Aristotle!", [1985] *Cambridge L.J.* 195.

Great Britain. Law Commission. Consultation Paper No. 160. *The Illegality Defence in Tort: A Consultation Paper.* London: Stationery Office, 2001.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Saunders and Smith JJ.A.) (2006), 269 D.L.R. (4th) 510, 225 B.C.A.C. 191, 371 W.A.C. 191, 40 C.C.L.T. (3d) 240, [2006] B.C.J. No. 997 (QL), 2006 BCCA 221, setting aside in part a judgment of Cohen J., [2004] B.C.J. No. 2044 (QL), 2004 BCSC 1273. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Keith L. Johnston and *Karen Horsman*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

le droit civil et le droit criminel. L'application du principe *novus actus* en l'espèce laisserait indûment croire que l'incarcération de Z a rompu le lien de causalité. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion à l'existence d'un lien de causalité tirée par le juge de première instance, ni le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération que Z a subie pendant qu'il n'était pas incarcéré. Il y a lieu d'abaisser le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération antérieure de manière à exclure les périodes pendant lesquelles Z était incarcéré. [36-39]

En ce qui concerne le pourvoi incident, la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en abaissant le montant de l'indemnité accordée pour la perte de rémunération ultérieure. Z présente un risque élevé de récidive et il y a lieu d'abaisser le montant de cette indemnité de manière à tenir compte de la probabilité que Z retourne en prison. [44]

Jurisprudence

Arrêts analysés : *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; **arrêts mentionnés :** *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *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; *State Rail Authority of New South Wales c. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500; *Clunis c. Camden and Islington Health Authority*, [1998] Q.B. 978; *Worrall c. British Railways Board*, [1999] E.W.J. No. 2025 (QL).

Doctrine citée

Banakas, E. K. « Tort Damages and the Decline of Fault Liability : Plato Overruled, But Full Marks to Aristotle! », [1985] *Cambridge L.J.* 195.

Grande-Bretagne. Law Commission. Consultation Paper No. 160. *The Illegality Defence in Tort : A Consultation Paper.* London : Stationery Office, 2001.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Saunders et Smith) (2006), 269 D.L.R. (4th) 510, 225 B.C.A.C. 191, 371 W.A.C. 191, 40 C.C.L.T. (3d) 240, [2006] B.C.J. No. 997 (QL), 2006 BCCA 221, qui a annulé en partie un jugement du juge Cohen, [2004] B.C.J. No. 2044 (QL), 2004 BCSC 1273. Pourvoi principal accueilli et pourvoi incident rejeté.

Keith L. Johnston et *Karen Horsman*, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Megan R. Ellis, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] This appeal raises the issue of when — if ever — an individual may be awarded damages for past wage loss for time in which he or she was incarcerated.

[2] The respondent, Dean Richard Zastowny, was imprisoned when he was 18 years old for a break and enter committed to support his crack cocaine addiction. While incarcerated, he was twice sexually assaulted by a prison official named Roderic David MacDougall. After his release, Zastowny became addicted to heroin and a repeat offender. He spent 12 of the next 15 years in prison for a variety of offences. In 1996, while in prison, Zastowny became aware of an investigation into MacDougall. He disclosed to police that MacDougall had abused him. Consequently, MacDougall was convicted of the sexual assaults. Zastowny then brought an action for damages, including damages for lost wages. The trial judge awarded Zastowny general and aggravated damages due to the assaults, as well as past and future wage loss due to the effect of the assaults. The award for past wage loss included compensation for his time spent in incarceration. The Court of Appeal reduced the award for past wage loss in order to compensate Zastowny only for the time he spent in prison after he became eligible for parole and reduced his future wage loss by 30 percent to reflect his high risk of recidivism.

Megan R. Ellis, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève la question de savoir dans quelles circonstances, le cas échéant, un individu peut obtenir des dommages-intérêts pour la perte de rémunération antérieure qu'il a subie pendant qu'il était incarcéré.

[2] L'intimé Dean Richard Zastowny a été incarcéré, à l'âge de 18 ans, pour avoir commis une introduction par effraction destinée à satisfaire sa dépendance au crack. Pendant son incarcération, il a été agressé sexuellement à deux reprises par un employé de la prison, Roderic David MacDougall. Après sa remise en liberté, M. Zastowny est devenu héroïnomane et récidiviste. Il a passé 12 des 15 années suivantes en prison pour avoir commis diverses infractions. En 1996, pendant qu'il était incarcéré, M. Zastowny a appris que M. MacDougall faisait l'objet d'une enquête. Il a révélé à la police que M. MacDougall l'avait agressé. En conséquence, M. MacDougall a été reconnu coupable des agressions sexuelles qui lui étaient reprochées. Monsieur Zastowny a ensuite intenté une action en dommages-intérêts, notamment pour la perte de rémunération. Le juge de première instance a accordé à M. Zastowny des dommages-intérêts généraux et majorés pour les agressions, ainsi que des dommages-intérêts pour la perte de rémunération antérieure et ultérieure résultant de ces agressions. Les dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération antérieure comprenaient une indemnité pour le temps que M. Zastowny avait passé en prison. La Cour d'appel a abaissé le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération antérieure de manière à indemniser M. Zastowny uniquement pour le temps qu'il a passé derrière les barreaux après être devenu admissible à la libération conditionnelle, et elle a réduit de 30 p. 100 les dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération ultérieure de manière à tenir compte du risque élevé de récidive qu'il présentait.

[3] In my view, except for exceptional circumstances such as a person having been wrongly convicted, he or she is not entitled to compensation for periods of unemployment due to incarceration for conduct which the criminal law has determined worthy of punishment and the consequences of that punishment. To hold otherwise would create a "clash" between the criminal and civil law which would compromise the integrity of our justice system.

[4] I would therefore allow the appeal and dismiss the cross-appeal.

II. Facts

[5] Zastowny was suspended from school in grade 9 for using marijuana and dropped out of school in grade 10. As a teenager, in addition to marijuana, he used acid, mushrooms and alcohol, and eventually at the age of 17, he started using crack cocaine and developed a serious dependency. He turned to crime to support his habit and in 1988, at the age of 18, he was convicted of breaking and entering and was sent to Oakalla, a male correctional centre in British Columbia.

[6] MacDougall was a classification officer at the centre responsible for placing prisoners in the system. MacDougall sexually assaulted Zastowny twice by performing forced fellatio on him. He overcame Zastowny's resistance by threatening him with inmate violence and also induced Zastowny to cooperate by promising a transfer to a less threatening correctional centre. Zastowny did not tell anyone what had happened.

[7] Shortly after the second assault, Zastowny was moved to a forestry work camp. He fled the camp, was caught and was returned to Oakalla to serve the rest of his sentence. After his release in 1989, he became dependent on heroin. Zastowny was incarcerated for various offences over 12 of the following 15 years. While in prison for a robbery

[3] À mon avis, à l'exception des cas exceptionnels où, par exemple, quelqu'un a été condamné à tort, une personne ne peut pas être indemnisée pour les périodes de chômage due à l'incarcération pour un comportement qui mérite d'être puni selon le droit criminel, ni pour les conséquences de la peine qui lui est infligée. Conclure le contraire créerait entre le droit criminel et le droit civil un « conflit » qui compromettrait l'intégrité de notre système de justice.

[4] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi principal et de rejeter le pourvoi incident.

II. Les faits

[5] Monsieur Zastowny a été exclu temporairement de l'école en 9e année parce qu'il avait consommé de la marijuana, et il a abandonné ses études en 10e année. À l'adolescence, il a consommé non seulement de la marijuana, mais aussi de l'acide, des champignons magiques et de l'alcool, et par la suite, lorsqu'il avait 17 ans, il a commencé à consommer du crack et a développé une grave dépendance. Il s'est tourné vers le crime pour satisfaire sa dépendance et, en 1988 alors qu'il était âgé de 18 ans, il a été reconnu coupable d'introduction par effraction et a été envoyé à Oakalla, un centre correctionnel pour hommes en Colombie-Britannique.

[6] Monsieur MacDougall était agent de gestion des cas au service de placement des détenus dans le milieu carcéral. Monsieur MacDougall a, à deux reprises, agressé sexuellement M. Zastowny en lui faisant une fellation contre son gré. Il est venu à bout de la résistance de M. Zastowny en le menaçant d'actes de violence de la part d'autres détenus et en lui promettant un transfèrement vers un centre correctionnel moins dangereux. Monsieur Zastowny n'a parlé à personne de ce qui était arrivé.

[7] Peu après la deuxième agression, M. Zastowny a été envoyé dans un camp de travail forestier. Il s'est enfui du camp, mais il a été capturé et renvoyé à Oakalla pour y purger le reste de sa peine. Après sa remise en liberté en 1989, il est devenu héroïnomane. Monsieur Zastowny a passé 12 des 15 années suivantes en prison pour avoir commis

committed in 1996, he became aware of an investigation into MacDougall and he called the police. MacDougall was charged with the offences against Zastowny and others and convicted after two trials.

[8] A psychologist, Dr. Robert Ley, with an expertise in assessing and counselling cocaine and heroin addicts testified at trial. He opined that Zastowny's anti-social behaviour and criminality resulted from the assaults. His report stated that Zastowny's self-concept and self-esteem were reasonably stable before the assaults but that after the assaults, he had low self-esteem, anti-social behaviour and suffered sexual anxiety. Dr. Ley linked Zastowny's resentment and rebelliousness towards correctional officers to the assaults. He attributed Zastowny's alcohol use, subsequent choice of heroin as his preferred drug, and greater need to obliterate himself to the assaults. He opined that Zastowny had a good work ethic and record up until he was 18 years old, when he became addicted to crack cocaine, whereafter he had, for the most part, not sustained employment. He concluded that Zastowny's substance abuse and criminality directly interfered with his employment and his substance abuse was significantly exacerbated by the sexual assaults.

III. Decisions Below

A. *British Columbia Supreme Court*, [2004] B.C.J. No. 2044 (QL), 2004 BCSC 1273

[9] Zastowny brought a successful action for damages against the Province of British Columbia. The Province conceded at trial that the vicarious liability test articulated in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, was met, and thus the Province — as

diverses infractions. Pendant qu'il était incarcéré pour un vol qualifié commis en 1996, il a appris que M. MacDougall faisait l'objet d'une enquête et il a communiqué avec la police. Monsieur MacDougall a été accusé des infractions dont M. Zastowny et d'autres personnes avaient été victimes, et il a été reconnu coupable à l'issue de deux procès.

[8] Le D[r] Robert Ley, psychologue spécialisé en évaluation et counselling de cocaïnomanes et d'héroïnomanes, a témoigné au procès. Il s'est dit d'avis que le comportement antisocial et la criminalité de M. Zastowny résultaient des agressions. Il a affirmé, dans son rapport, que l'image et l'estime que M. Zastowny avait de lui-même étaient raisonnablement stables avant les agressions, mais qu'à la suite des agressions celui-ci avait une faible estime de lui-même et un comportement antisocial, en plus de souffrir d'angoisse sexuelle. Le D[r] Ley a relié aux agressions l'amertume et le sentiment de révolte que M. Zastowny éprouvait à l'égard des agents de correction. Selon lui, c'est à cause de ces agressions que M. Zastowny consommait de l'alcool, que l'héroïne est devenue par la suite sa drogue préférée et qu'il éprouvait un besoin accru de s'autodétruire. Il a ajouté que M. Zastowny avait eu une bonne morale du travail et de bons antécédents à cet égard jusqu'à ce qu'il développe une dépendance au crack à l'âge de 18 ans, après quoi il avait été, la plupart du temps, incapable de conserver un emploi. Il a conclu que la toxicomanie et la criminalité de M. Zastowny avaient nui directement à sa capacité d'obtenir et de conserver un emploi et que les agressions sexuelles avaient accentué considérablement sa consommation abusive de substances psychoactives.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [2004] B.C.J. No. 2044 (QL), 2004 BCSC 1273

[9] Monsieur Zastowny a intenté avec succès une action en dommages-intérêts contre la province de la Colombie-Britannique. Lors du procès, la province a reconnu que le critère de la responsabilité du fait d'autrui énoncé dans l'arrêt *Bazley*

MacDougall's employer — was vicariously liable for the injuries suffered by Zastowny as a consequence of the assaults. Cohen J. relied heavily on the evidence of psychologist Dr. Ley. He ordered the Province to pay general and aggravated damages of $60,000, as well as $15,000 for future counselling, $150,000 for past wage loss and $50,000 for future income loss.

[10] Cohen J. awarded damages for wage loss for time spent in incarceration due to the effect of MacDougall's assaults. He held that MacDougall's contribution to Zastowny's mistrust of the criminal justice system and his alienation from justice authorities led Zastowny to conceal his abuse and led to greater sentences than he would have received had he disclosed the abuse. Further, Zastowny's stance in prison in regards to prison authorities meant that he served most of his sentences to his mandatory release date. He held it was unlikely that Zastowny would have been sentenced as he was or served his sentences to their maximums had the courts and prison officials known that he had been sexually assaulted by a prison officer.

[11] Cohen J. conducted an extensive review and analysis of cases dealing with the doctrine of *ex turpi causa non oritur actio* — no right of action arises from a base cause. He concluded that the *ex turpi* doctrine did not apply in the present case to deny Zastowny damages for loss of wages while incarcerated because the wages claimed could not be considered profits from Zastowny's illegal activity or an evasion or rebate of his criminal punishment.

[12] Cohen J. also awarded compensation for future income loss, noting that the assaults would likely contribute to Zastowny experiencing

c. Curry, [1999] 2 R.C.S. 534, était respecté, et qu'elle était donc — en sa qualité d'employeur de M. MacDougall — responsable du fait d'autrui du préjudice que les agressions avaient causé à M. Zastowny. Le juge Cohen s'est fortement appuyé sur le témoignage du psychologue, le D^r^ Ley. Il a ordonné à la province de verser 60 000 $ à titre de dommages-intérêts généraux et majorés, ainsi que 15 000 $ pour des frais de consultation futurs, 150 000 $ pour la perte de rémunération antérieure et 50 000 $ pour la perte de revenus ultérieure.

[10] Le juge Cohen a accordé des dommages-intérêts pour la perte de rémunération subie pendant les périodes d'incarcération due aux agressions de M. MacDougall. Il a estimé que la contribution de M. MacDougall à la méfiance de M. Zastowny à l'égard du système de justice criminelle et à son antipathie pour les autorités judiciaires avait amené ce dernier à taire les mauvais traitements dont il avait été victime et à écoper de peines plus lourdes que s'il avait dénoncé ces mauvais traitements. De plus, en raison de l'attitude qu'il a adoptée à l'égard des autorités carcérales pendant qu'il était en prison, M. Zastowny a purgé la plupart de ses peines jusqu'à la date de sa libération d'office. Le juge a conclu qu'il était improbable que M. Zastowny aurait été condamné aux mêmes peines ou qu'il aurait purgé ses peines au maximum si les tribunaux et les autorités carcérales avaient su qu'il avait été agressé sexuellement par un employé de prison.

[11] Le juge Cohen a examiné et analysé en profondeur la jurisprudence relative au principe *ex turpi causa non oritur actio* — aucun droit d'action ne naît d'une cause indigne. Il a jugé que ce principe ne pouvait être appliqué en l'espèce pour refuser d'accorder à M. Zastowny des dommages-intérêts pour la perte de rémunération subie pendant son incarcération, du fait que la rémunération réclamée ne pouvait pas être considérée comme un profit tiré des activités illégales de M. Zastowny ni comme un moyen d'esquiver ou de réduire sa sanction pénale.

[12] Le juge Cohen a également accordé une indemnité pour la perte de revenus ultérieure, en faisant remarquer que les agressions contribueraient

difficulty with employers or any individual in a position of authority.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2006), 269 D.L.R. (4th) 510, 2006 BCCA 221

[13] The Court of Appeal divided three ways on the issue of compensation for wage loss due to incarceration. Finch C.J.B.C. held that the trial judge's order should be upheld.

[14] Smith J.A. found that Zastowny was precluded from compensation for loss of earnings while imprisoned. He would have reduced the award for past loss of earning capacity by 80 percent to exclude the period of Zastowny's incarceration (12 out of 15 years).

[15] He found that the *ex turpi* doctrine had no relevance because Zastowny's "cause of action does not arise out of his own illegal or immoral conduct". Rather, he would have denied an award for past wage loss while incarcerated on the doctrine of *novus actus interveniens* — a new act intervenes. In his view, Zastowny's criminal conduct after the sexual assaults broke the causal chain between the sexual assaults and his imprisonment.

[16] Saunders J.A. concluded that Zastowny should recover some of his wage loss while incarcerated. She divided Zastowny's incarceration into non-compensable "core time" (time before eligibility for parole) which she found was his responsibility to bear as the consequence of his criminal behaviour and compensable "extra time" (time after eligibility for parole) which she held was more directly related to Zastowny's response to the assaults. She thus reduced the award for past wage loss by only 40 percent.

probablement à faire éprouver à M. Zastowny des difficultés avec les employeurs ou les personnes en situation d'autorité.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2006), 269 D.L.R. (4th) 510, 2006 BCCA 221

[13] La Cour d'appel était partagée de trois façons sur la question de l'indemnisation de la perte de rémunération due à l'incarcération. Le juge en chef Finch estimait qu'il y avait lieu de maintenir l'ordonnance du juge de première instance.

[14] Le juge Smith a conclu que M. Zastowny ne pouvait être indemnisé pour la perte de revenus subie pendant son incarcération. Il aurait réduit de 80 p. 100 le montant accordé pour la perte de capacité de gain antérieure de manière à exclure la période d'incarcération de M. Zastowny (12 années sur une période de 15 ans).

[15] Le juge Smith a estimé que le principe *ex turpi* n'était pas pertinent du fait que [TRADUCTION] « la cause d'action [de M. Zastowny] ne découl[ait] pas de sa propre conduite illégale ou immorale ». Il aurait plutôt refusé d'accorder un montant pour la perte de rémunération antérieure subie pendant l'incarcération en se fondant sur le principe *novus actus interveniens* — le principe de l'événement nouveau. À son avis, le comportement criminel que M. Zastowny a adopté après les agressions sexuelles a rompu le lien de causalité entre ces agressions et son emprisonnement.

[16] La juge Saunders considérait que M. Zastowny devrait récupérer une partie de la rémunération qu'il avait perdue pendant son incarcération. Elle a divisé la période d'incarcération de M. Zastowny en [TRADUCTION] « période fixe » non indemnisable (période précédant l'admissibilité à la libération conditionnelle) qui, selon elle, était la conséquence que M. Zastowny devait subir pour avoir adopté un comportement criminel, et en « période additionnelle » indemnisable (période ultérieure à l'admissibilité à la libération conditionnelle) qui, à ses yeux, était plus directement liée à la réaction de M. Zastowny aux agressions dont il avait été victime. Elle a donc réduit de 40 p. 100 seulement le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération antérieure.

[17] In order to break the deadlock and make an effective order, Smith J.A. acceded to the disposition proposed by Saunders J.A. but was clear that in doing so, he was not resiling from anything that he said in his reasons.

IV. Analysis

A. *Appeal: Damages for Wage Loss During Periods of Incarceration*

[18] The issue in the appeal is whether a plaintiff is barred from compensation for loss of wages during a period of time that he is unable to work because he is incarcerated.

(1) The *Ex Turpi Causa Non Oritur Actio* Doctrine

[19] The *ex turpi* doctrine, as applied in tort, has not historically been well understood. In *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159, McLachlin J. (as she then was) says that its application in tort, "in both Canada and elsewhere, has had a chequered history" (p. 171). The seminal case explaining the judicial policy underlying the *ex turpi* doctrine and its application in the context of tort law is the majority judgment of McLachlin J. in *Hall v. Hebert.*

[20] The question is, "under what circumstances should the immoral or criminal conduct of a plaintiff bar the plaintiff from recovering damages to which he or she would otherwise be entitled" (p. 169). The following principles and approach are established in *Hall v. Hebert* and are applicable in the present case.

1. Application of the *ex turpi* doctrine in the tort context invalidates otherwise valid and enforceable actions in tort (p. 169).

2. Therefore, its application must be based on a firm doctrinal foundation and be made subject

[17] Afin de dénouer l'impasse et de rendre une ordonnance efficace, le juge Smith a souscrit au dispositif proposé par la juge Saunders, mais il a clairement indiqué qu'il ne revenait pas pour autant sur les propos qu'il avait tenus dans ses motifs.

IV. Analyse

A. *Pourvoi : dommages-intérêts pour la perte de rémunération subie pendant les périodes d'incarcération*

[18] La question en l'espèce est de savoir s'il est interdit à un demandeur d'être indemnisé pour la perte de rémunération qu'il subit pendant une période où il est incapable de travailler parce qu'il est incarcéré.

(1) Le principe *ex turpi causa non oritur actio*

[19] Le principe *ex turpi* appliqué en matière de responsabilité délictuelle n'a pas été bien compris par le passé. Dans l'arrêt *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) affirme que l'application de ce principe dans le domaine de la responsabilité délictuelle « a connu des hauts et des bas, au Canada comme à l'étranger » (p. 171). L'arrêt de principe qui explique la politique judiciaire qui sous-tend le principe *ex turpi* et son application dans le contexte du droit de la responsabilité délictuelle est le jugement majoritaire rendu par la juge McLachlin dans l'affaire *Hall c. Hebert.*

[20] La question est de savoir « dans quelles circonstances la conduite immorale ou criminelle du demandeur devrait-elle l'empêcher d'obtenir les dommages-intérêts auxquels il aurait droit par ailleurs » (p. 169). Les principes et l'approche qui suivent sont énoncés dans l'arrêt *Hall c. Hebert* et s'appliquent en l'espèce.

1. L'application du principe *ex turpi* dans le contexte de la responsabilité délictuelle entraîne le rejet d'actions par ailleurs valides et recevables (p. 169).

2. Par conséquent, son application doit avoir un fondement doctrinal ferme et un encadrement

to clear limits and should occur "in very limited circumstances" (p. 169).

3. The only justification for its application is the preservation of the integrity of the legal system. This concern is only in issue where a damage award in a civil suit would allow a person to profit from illegal or wrongful conduct or would permit evasion or rebate of a penalty prescribed by the criminal law (p. 169).

> It would, in short, introduce an inconsistency in the law. It is particularly important in this context that we bear in mind that the law must aspire to be a unified institution, the parts of which — contract, tort, the criminal law — must be in essential harmony. For the courts to punish conduct with the one hand while rewarding it with the other, would be to "create an intolerable fissure in the law's conceptually seamless web": Weinrib, *supra*, at p. 42. We thus see that the concern, put at its most fundamental, is with the integrity of the legal system. [p. 176]

4. The *ex turpi* doctrine generally does not preclude an award of damages in tort because such awards tend to compensate the plaintiff rather than amount to "profit":

> Such damages accomplish nothing more than to put the plaintiff in the position he or she would have been in had the tort not occurred. . . . [A plaintiff should get] only the value of, or a substitute for, the injuries he or she has suffered by the fault of another. He or she gets nothing for or by reason of the fact he or she was engaged in illegal conduct. [pp. 176-77]

5. The *ex turpi* doctrine is a defence in a tort action. The plaintiff's illegal conduct does not give rise to a judicial discretion to negate or refuse to consider the duty of care which goes to the relationship between a plaintiff and a defendant. It is independent of that relationship. The defendant may have caused harm by acting wrongly or negligently, but the "responsibility for this wrong is suspended only because concern for the integrity of

clair et avoir lieu « dans des circonstances très limitées » (p. 169).

3. Son application n'est justifiée que pour préserver l'intégrité du système juridique. Cette préoccupation n'est en cause que lorsque l'attribution de dommages-intérêts dans une poursuite civile aurait pour effet de permettre à une personne de tirer profit de sa conduite illégale ou fautive, ou ferait en sorte qu'elle échappe à une sanction pénale ou qu'elle bénéficie d'une réduction de cette sanction (p. 169).

> En somme, cela introduirait une incohérence dans le droit. Il est particulièrement important dans ce contexte de se rappeler que le droit doit viser à constituer un tout unifié, dont les parties — les domaines contractuel, délictuel et pénal — doivent se combiner dans une indispensable harmonie. Si les tribunaux devaient, d'une main, punir la conduite qu'ils approuvent de l'autre, cela équivaudrait à [TRADUCTION] « créer une faille intolérable dans l'unité conceptuelle du droit » : Weinrib, *loc. cit.*, à la p. 42. Nous voyons donc que, dans son aspect le plus fondamental, le souci des tribunaux est de protéger l'intégrité du système juridique. [p. 176]

4. En général, le principe *ex turpi* n'empêche pas l'attribution de dommages-intérêts en matière de responsabilité délictuelle du fait qu'une telle attribution tend à indemniser le demandeur au lieu de constituer un « profit » :

> De tels dommages-intérêts ne font rien d'autre que remettre le demandeur dans la position où il se trouverait si le délit ne s'était pas produit. [. . .] [Le demandeur ne devrait] obt[enir] que la valeur, ou l'équivalent, des préjudices qu'il a subis par la faute d'autrui. Il ne retire rien du fait qu'il avait adopté une conduite illégale. [p. 176-177]

5. Le principe *ex turpi* est un moyen de défense opposable dans une action fondée sur la responsabilité délictuelle. La conduite illégale du demandeur n'entraîne pas l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire d'annuler ou de refuser d'établir l'obligation de diligence touchant la relation qui existe entre un demandeur et un défendeur. Elle est indépendante de cette relation. Il se peut que le défendeur ait causé un préjudice en agissant mal ou en faisant montre

the legal system trumps the concern that the defendant be responsible" (pp. 181-82).

de négligence, mais « la responsabilité de la faute est écartée uniquement parce que le souci de l'intégrité du système juridique a préséance sur la nécessité de faire assumer sa responsabilité au défendeur » (p. 181-182).

6. Treating the *ex turpi* doctrine as a defence places the onus on the defendant to prove the illegal or immoral conduct that precludes the plaintiff's action. And as a defence, it allows for segregation between claims for personal injury and claims that would constitute profit from illegal or immoral conduct or the evasion of or a rebate of a penalty provided by the criminal law.

6. Considérer le principe *ex turpi* comme un moyen de défense fait en sorte qu'il incombe au défendeur de prouver l'existence de la conduite illégale ou immorale faisant obstacle à l'action du demandeur. De plus, en tant que moyen de défense, ce principe permet de faire la distinction entre les demandes relatives à un préjudice personnel et les demandes qui permettraient de tirer profit d'une conduite illégale ou immorale ou encore d'échapper à une sanction pénale ou de bénéficier d'une réduction de cette sanction.

[21] In the case at bar, there is no challenge to the awards made for the personal injury suffered by Zastowny from the sexual assaults, namely the awards of general and aggravated damages and for future counselling. Nor is there a challenge to the award of past wage loss for the period when Zastowny was not incarcerated. The sole issue on the appeal is whether Zastowny is entitled to compensation for wage loss while he was incarcerated.

[21] En l'espèce, nul ne conteste les montants accordés pour le préjudice personnel que les agressions sexuelles ont causé à M. Zastowny, c'est-à-dire les montants accordés à titre de dommages-intérêts généraux et majorés et l'indemnité pour des frais de consultation futurs. Nul ne conteste non plus le montant accordé pour la perte de rémunération antérieure que M. Zastowny a subie pendant qu'il n'était pas incarcéré. La seule question qui se pose en l'espèce est de savoir si M. Zastowny a droit à une indemnité pour la perte de rémunération subie pendant qu'il était incarcéré.

[22] Zastowny's wage loss while incarcerated is occasioned by the illegal acts for which he was convicted and sentenced to serve time. In my view, therefore, the *ex turpi* doctrine bars Zastowny from recovering damages for time spent in prison because such an award would introduce an inconsistency in the fabric of law. This is because such an award would be, as McLachlin J. described in *Hall v. Hebert*, at p. 178, "giving with one hand what it takes away with the other". When a person receives a criminal sanction, he or she is subject to a criminal penalty as well as the civil consequences that are the natural result of the criminal sanction. The consequences of imprisonment include wage loss. As Deschamps J. found in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*

[22] La perte de rémunération que M. Zastowny a subie pendant qu'il était incarcéré résulte des actes illégaux dont il a été reconnu coupable et pour lesquels il a été condamné à purger une peine d'emprisonnement. J'estime donc que le principe *ex turpi* empêche M. Zastowny de toucher des dommages-intérêts pour le temps qu'il a passé en prison parce que l'attribution de tels dommages-intérêts créerait une incohérence dans le droit. Cela s'explique par le fait que l'attribution de tels dommages-intérêts équivaudrait, comme l'a précisé la juge McLachlin dans l'arrêt *Hall c. Hebert*, p. 178, « à donner d'une main ce que l'on retire de l'autre ». La personne qui se voit infliger une sanction pénale subit également les conséquences civiles qui découlent normalement de cette sanction.

v. Maksteel Québec Inc., [2003] 3 S.C.R. 228, 2003 SCC 68, at para. 33, "[e]very incarcerated offender must suffer the consequences that result from being imprisoned, namely loss of employment for unavailability." An award of damages for wages lost while incarcerated would constitute a rebate of the natural consequence of the penalty provided by the criminal law.

[23] Preserving the integrity of the justice system by preventing inconsistency in the law is a matter of judicial policy that underlies the *ex turpi* doctrine. "Judicial policy" was this Court's justification for barring a similar claim for past wage loss due to incarceration in *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25. In that case, the plaintiff was a resident of a First Nations reserve. When he was 14 years old he joined a boxing club on the reserve that was operated by the Department of Indian and Northern Affairs and administered by William Starr. Starr sexually assaulted the appellant by subjecting him to two acts of masturbation. H.L. became addicted to alcohol, had emotional difficulties, and engaged in criminal conduct. He claimed damages from the Government of Canada, including loss of income both past and future, as a consequence of the sexual assaults. The claim included loss during periods of time for which he was incarcerated. His claim succeeded at trial, but was overturned by the Saskatchewan Court of Appeal on the awards for loss of income.

[24] This Court allowed the appeal to the extent of restoring the award for past wage loss while H.L. was at liberty, but excluding recovery for the periods of time he was incarcerated. Fish J. for the majority concluded that an award for wage loss due to incarceration was not only unsupported by the

La perte de rémunération compte parmi les conséquences de l'emprisonnement. Comme l'a conclu la juge Deschamps dans l'arrêt *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. 33, « [t]out contrevenant doit subir les conséquences découlant de son emprisonnement, voire la perte de son emploi en cas d'indisponibilité. » L'attribution de dommages-intérêts pour la perte de rémunération subie pendant l'incarcération constituerait une réduction de la conséquence normale de la peine prévue par le droit criminel.

[23] Préserver l'intégrité du système de justice en empêchant toute incohérence dans le droit est une question de politique judiciaire qui sous-tend le principe *ex turpi*. La « politique judiciaire » est le motif que notre Cour a invoqué pour rejeter une demande semblable pour la perte de rémunération antérieure due à l'incarcération dans l'arrêt *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25. Dans cette affaire, le demandeur était un résidant d'une réserve des Premières nations. Lorsqu'il était âgé de 14 ans, il s'est inscrit à un club de boxe de la réserve dont le fonctionnement était assuré par le ministère des Affaires indiennes et du Nord, et la gestion par William Starr. Ce dernier a agressé sexuellement l'appelant en le soumettant à deux actes de masturbation. H.L. est devenu alcoolique, a éprouvé des difficultés émotionnelles et a adopté un comportement criminel. Il a réclamé des dommages-intérêts au gouvernement du Canada, notamment pour la perte de revenus antérieure et ultérieure qu'il avait subie en raison des agressions sexuelles. La demande visait notamment la perte subie pendant ses périodes d'incarcération. Il a obtenu gain de cause en première instance, mais la Cour d'appel de la Saskatchewan a annulé les dommages-intérêts accordés pour la perte de revenus.

[24] Notre Cour a accueilli le pourvoi dans la mesure où elle a rétabli les dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération antérieure que H.L. avait subie pendant qu'il était en liberté, mais elle a exclu de cette indemnisation la perte subie pendant ses périodes d'incarcération. Le juge

evidence, but was, in any event, contrary to judicial policy:

In calculating H.L.'s loss of past earnings, the trial judge did not reduce the damages awarded to reflect the time H.L. spent in prison. The Court of Appeal intervened in this respect — quite properly, in my view. As Cameron J.A. noted, to compensate an individual for loss of earnings arising from criminal conduct undermines the very purpose of our criminal justice system . . .; an award of this type, if available in any circumstances, must be justified by exceptional considerations of a compelling nature and supported by clear and cogent evidence of causation.

. . .

Thus, on any view of the matter, the trial judge's finding that Mr. Starr's sexual abuse of H.L. caused his loss of income due to imprisonment is both contrary to judicial policy and unsupported by the evidence. [Emphasis added; paras. 137 and 143.]

[25] Bastarache J. dissented in *H.L.* but his views on the specific issue of awarding damages for wage loss for periods of incarceration were similar to those of Fish J. In writing for himself and three other judges, he found that to compensate a plaintiff for lost wages due to incarceration would "undermine the principles of our criminal justice system" (para. 344). In concluding as much, Bastarache J. pointed to Samuels J.A.'s reasons in the Australian case *State Rail Authority of New South Wales v. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500 (C.A.), at p. 514:

If the plaintiff has been convicted and sentenced for a crime, it means that the criminal law has taken him to be responsible for his actions, and has imposed an appropriate penalty. He or she should therefore bear the consequences of the punishment, both direct and indirect. If the law of negligence were to say, in effect, that the offender was not responsible for his actions

Fish, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu que l'attribution de dommages-intérêts pour la perte de rémunération due à l'incarcération était non seulement non étayée par la preuve, mais encore qu'elle était, de toute façon, non conforme aux principes judiciaires :

Dans son calcul de la perte de revenus antérieure, le juge de première instance n'a pas retranché de la période considérée le temps où H.L. avait été incarcéré. La Cour d'appel a eu tout à fait raison, à mon avis, d'intervenir à cet égard. Comme l'a fait remarquer le juge Cameron, indemniser une personne de la perte de revenus résultant d'un comportement criminel va à l'encontre de l'objet même de notre système de justice pénale [. . .] Une telle indemnisation, lorsqu'elle peut être accordée, doit se fonder sur des motifs exceptionnels pressants et s'appuyer sur une preuve de causalité claire et convaincante.

. . .

Par conséquent, quel que soit le point de vue adopté, la conclusion du juge de première instance que les abus sexuels ont causé la perte de revenus due à l'incarcération n'est ni conforme aux principes judiciaires ni étayée par la preuve. [Je souligne; par. 137 et 143.]

[25] Le juge Bastarache a rédigé des motifs dissidents dans l'arrêt *H.L.*, mais il a exprimé un point de vue semblable à celui du juge Fish sur la question particulière de l'attribution de dommages-intérêts pour la perte de rémunération subie pendant les périodes d'incarcération. S'exprimant en son propre nom et en celui de trois autres juges, il a conclu qu'indemniser un demandeur pour la perte de rémunération due à l'incarcération irait « à l'encontre des principes de notre système de justice pénale » (par. 344). En tirant cette conclusion, le juge Bastarache a attiré l'attention sur les motifs du juge Samuels dans l'arrêt australien *State Rail Authority of New South Wales c. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500 (C.A.), p. 514 :

[TRADUCTION] Si le demandeur a été déclaré coupable d'un crime et condamné à une peine, c'est parce que, au regard du droit criminel, il a été jugé responsable de ses actes et une peine appropriée lui a été infligée. Il doit donc subir les conséquences de la peine, directes et indirectes. Si, au regard de la responsabilité civile délictuelle, le contrevenant n'était pas tenu responsable

and should be compensated by the tortfeasor, it would set the determination of the criminal court at nought. It would generate the sort of clash between civil and criminal law that is apt to bring the law into disrepute. [Emphasis added.]

[26] *H.L.* is authority for the proposition that the judicial policy that underlies the *ex turpi* doctrine precludes evasion or a rebate of the consequences of the criminal penalty, both direct and indirect.

[27] The *ex turpi* doctrine has been applied by the courts of the United Kingdom on a basis similar to that found appropriate in *Hall v. Hebert* and *H.L.* In *Clunis v. Camden and Islington Health Authority*, [1998] Q.B. 978 (C.A.), the plaintiff had been discharged from a hospital where he had been detained under the U.K.'s *Mental Health Act 1983*. His mental condition deteriorated and two months later he stabbed a stranger to death. He pleaded guilty to manslaughter. He subsequently brought an action against his local health authority for negligence. He claimed that in consequence of the health authority's breach of duty he would be detained for longer than he otherwise would have been and was unlikely to regain his liberty for many years. The Court of Appeal found that he had no cause of action because his claim was "essentially based" on an illegal act. Lord Justice Beldam stated, at p. 990:

> [T]he plaintiff's claim is essentially based on his illegal act of manslaughter; he must be taken to have known what he was doing and that it was wrong, notwithstanding that the degree of his culpability was reduced by reason of mental disorder. The court ought not to allow itself to be made an instrument to enforce obligations alleged to arise out of the plaintiff's own criminal act and we would therefore allow the appeal on this ground.

As pointed out by the United Kingdom Law Commission, Consultation Paper No. 160, *The Illegality Defence in Tort* (2001), at §4.100:

> *Clunis v. Camden and Islington Health Authority* . . . seems entirely justifiable if the rationale of consistency

de ses actes et devait être indemnisé par l'auteur du délit, la décision du tribunal pénal serait mise en échec. Il en résulterait entre le droit civil et le droit pénal une sorte de conflit susceptible de déconsidérer la justice. [Je souligne.]

[26] L'arrêt *H.L.* permet d'affirmer que la politique judiciaire qui sous-tend le principe *ex turpi* empêche d'esquiver ou d'atténuer les conséquences directes et indirectes de la sanction pénale.

[27] Les tribunaux du Royaume-Uni ont appliqué le principe *ex turpi* pour des motifs semblables à ceux jugés appropriés dans les arrêts *Hall c. Hebert* et *H.L.* Dans l'affaire *Clunis c. Camden and Islington Health Authority*, [1998] Q.B. 978 (C.A.), le demandeur avait obtenu son congé d'un hôpital où il avait été détenu en vertu de la *Mental Health Act 1983* du Royaume-Uni. Son état mental s'est détérioré et, deux mois plus tard, il a poignardé à mort un étranger. Il a plaidé coupable à une accusation d'homicide involontaire coupable. Par la suite, il a intenté une action pour négligence contre l'autorité sanitaire locale. Il a soutenu que, parce que l'autorité sanitaire avait manqué à son devoir, il serait détenu plus longtemps qu'il l'aurait par ailleurs été et ne recouvrerait vraisemblablement sa liberté qu'au bout de nombreuses années. La Cour d'appel a statué qu'il n'avait aucune cause d'action parce que sa demande [TRADUCTION] « repos[ait] essentiellement » sur un acte illégal. Le lord juge Beldam s'est exprimé ainsi, à la p. 990 :

> [TRADUCTION] [L]a demande présentée par le demandeur repose essentiellement sur son acte illégal d'homicide involontaire coupable; il faut considérer qu'il savait ce qu'il faisait et qu'il savait que c'était mal, même si son degré de culpabilité était moindre à cause de ses troubles mentaux. La cour ne devrait pas permettre que l'on se serve d'elle pour faire respecter des obligations censées découler de l'acte criminel commis par le demandeur lui-même, et, par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel pour ce motif.

Dans son document de consultation n° 160, intitulé *The Illegality Defence in Tort* (2001), §4.100, la United Kingdom Law Commission fait remarquer ce qui suit :

> [TRADUCTION] L'arrêt *Clunis c. Camden and Islington Health Authority* [. . .] semble parfaitement justifiable

is accepted: it would be quite inconsistent to imprison or detain someone on the grounds that he was responsible for a serious offence and then to compensate him for the detention.

[28] A similar conclusion was reached in *Worrall v. British Railways Board*, [1999] E.W.J. No. 2025 (QL) (C.A.), in which Lord Justice Mummery stated, at para. 34:

Having been convicted of those offences the plaintiff must be treated in this action as fully and personally responsible in law for his deliberate criminal acts and for the consequences of them, including financial loss resulting from the criminal conviction. It would be inconsistent with his criminal conviction to attribute to the negligent defendant in this action any legal responsibility for the financial consequences of crimes which he has been found guilty of having deliberately committed.

[29] Cohen J. rejected the application of the *ex turpi* doctrine because he found that "compensation for lost wages [was not] an evasion or 'rebate' of the plaintiff's criminal punishment" (para. 245); that the criminal penalty was a term of confinement and he was not making an award to compensate for confinement. Although he had the benefit of the United Kingdom and Australian precedents that denied compensation for the civil consequence of incarceration, he did not have the decision of this Court in *H.L.*

[30] The judicial policy that underlies the *ex turpi* doctrine precludes damages for wage loss due to time spent in incarceration because it introduces an inconsistency in the fabric of the law that compromises the integrity of the justice system. In asking for damages for wage loss for time spent in prison, Zastowny is asking to be indemnified for the consequences of the commission of illegal acts for which he was found criminally responsible. Zastowny was punished for his illegal acts on the basis that he possessed sufficient *mens rea* to be held criminally responsible for them. He is personally responsible for his criminal acts and the consequences that flow from them. He cannot attribute them to others and evade or seek rebate of those consequences. As noted by Samuels J.A. in *State*

si l'on retient le raisonnement de la cohérence : il serait tout à fait incohérent d'emprisonner ou de détenir une personne parce qu'elle est responsable d'une infraction grave, et de l'indemniser ensuite pour sa détention.

[28] Une conclusion semblable a été tirée dans l'arrêt *Worrall c. British Railways Board*, [1999] E.W.J. No. 2025 (QL) (C.A.), où le lord juge Mummery a affirmé ceci, au par. 34 :

[TRADUCTION] Du fait qu'il a été reconnu coupable de ces infractions, le demandeur doit, dans la présente action, être tenu entièrement et personnellement responsable en droit de ses actes criminels délibérés et des conséquences de ces actes, y compris la perte financière découlant de la condamnation criminelle. Il serait incompatible avec sa condamnation criminelle d'attribuer au défendeur négligent en l'espèce la responsabilité légale des conséquences financières des crimes qu'il a été déclaré coupable d'avoir délibérément commis.

[29] Le juge Cohen a refusé d'appliquer le principe *ex turpi* du fait qu'il estimait que [TRADUCTION] « l'indemnisation de la perte de rémunération [n'était pas] un moyen d'esquiver ou de "réduire" la sanction pénale du demandeur » (par. 245), que la sanction pénale était une peine d'incarcération et qu'il n'accordait pas un montant à titre d'indemnité pour l'incarcération. Le juge Cohen avait pris connaissance de la jurisprudence du Royaume-Uni et de l'Australie, dans laquelle l'indemnisation des conséquences civiles de l'incarcération était refusée, mais il ne disposait pas de l'arrêt *H.L.* de notre Cour.

[30] La politique judiciaire qui sous-tend le principe *ex turpi* interdit l'attribution de dommages-intérêts pour la perte de rémunération due à l'incarcération parce que l'attribution de tels dommages-intérêts crée dans le droit une incohérence qui compromet l'intégrité du système de justice. En sollicitant des dommages-intérêts pour la perte de rémunération qu'il a subie pendant son incarcération, M. Zastowny demande d'être indemnisé pour les conséquences des actes illégaux qu'il a commis et dont il a été déclaré criminellement responsable. Monsieur Zastowny a été puni pour ses actes illégaux parce qu'il avait une intention coupable suffisante pour en être tenu criminellement responsable. Il est personnellement responsable de ses actes criminels et des conséquences en découlant. Il ne peut les attribuer

Rail, to grant a civil remedy for any time spent in prison suggests that criminally sanctioned conduct of an individual can be attributed elsewhere. E. K. Banakas discussed this issue in "Tort Damages and the Decline of Fault Liability: Plato Overruled, But Full Marks to Aristotle!", [1985] *Cambridge L.J.* 195, at p. 197:

Although it is morally irrational to punish a person unable to account for his actions, it is even less rational to compensate such a person for his punishment following his unchallenged conviction for a *mens rea* offence; if the conviction stands, punishment is a *lawful* injury, if not, there should be *no* punishment at all and *no* injury of the kind compensated in this case. Tort law has enough on its plate without having to play criminal law's conscience; besides, if *lawful* injury, inflicted by the courts themselves, starts being compensated in negligence, where will it all end? [Underlining added.]

(2) Distinguishing Between "Core Time" and "Extra Time"

[31] Saunders J.A. divided Zastowny's periods of incarceration into non-compensable "core time" (time before eligibility for parole) and compensable "extra time" (time after eligibility for parole), and awarded damages for the latter. Aside from evidentiary concerns respecting this division, I am unable to agree in principle with this approach.

[32] Zastowny was serving a lawfully imposed criminal sentence. There should be no distinction between "core time" and "extra time" because Zastowny's lawfully imposed sentence consisted of both. To award damages for any period of incarceration pursuant to a lawfully imposed sentence would create that conflict between the criminal

à autrui ni esquiver ces conséquences ou chercher à les faire atténuer. Comme l'a fait remarquer le juge Samuels dans l'arrêt *State Rail*, accorder une réparation civile pour une période d'incarcération laisse entendre que le comportement d'un individu auquel s'attache une sanction pénale peut être attribué à autrui. E. K. Banakas a analysé cette question dans son article intitulé « Tort Damages and the Decline of Fault Liability : Plato Overruled, But Full Marks to Aristotle! », [1985] *Cambridge L.J.* 195, p. 197 :

[TRADUCTION] Même s'il est moralement irrationnel de punir une personne incapable de rendre compte de ses actions, il est encore moins rationnel de l'indemniser de la peine qui lui a été infligée à la suite d'une déclaration de culpabilité non contestée relativement à une infraction exigeant la *mens rea*. Si la déclaration de culpabilité est maintenue, la peine est un préjudice *légitime*; dans le cas contraire, *aucune* peine ne devrait être infligée ni *aucun* préjudice de cette nature ne devrait faire l'objet d'une indemnisation en l'espèce. Le droit de la responsabilité délictuelle a suffisamment de pain sur la planche sans devoir jouer le rôle de conscience du droit criminel; en outre, si les tribunaux commencent à accorder des indemnités fondées sur la négligence pour le préjudice *légitime* qu'ils ont eux-mêmes infligé, où tout cela s'arrêtera-t-il? [Je souligne.]

(2) Distinction entre « période fixe » et « période additionnelle »

[31] La juge Saunders a divisé les périodes d'incarcération de M. Zastowny en [TRADUCTION] « période fixe » non indemnisable (période précédant l'admissibilité à la libération conditionnelle) et en « période additionnelle » indemnisable (période ultérieure à l'admissibilité à la libération conditionnelle), et elle a accordé des dommages-intérêts pour cette dernière période. Indépendamment des questions de preuve relatives à cette division, je suis incapable de souscrire en principe à cette approche.

[32] Monsieur Zastowny purgeait une peine criminelle légitimement infligée. Aucune distinction ne devrait être établie entre « période fixe » et « période additionnelle », du fait que la peine légitimement infligée à M. Zastowny comprenait les deux. L'attribution de dommages-intérêts pour une période d'incarcération liée à une peine légitimement

and civil law which the judicial policy underlying the *ex turpi* doctrine requires be precluded. In the words of McLachlin J. in *Hall v. Hebert*, "concern for the integrity of the legal system trumps the concern that the defendant be responsible" (p. 182). It would be inconsistent to incarcerate a person for a criminal offence and then compensate him for the incarceration. Zastowny was serving the sentence imposed for his criminal conduct. He cannot attribute part of his lawfully imposed sentence to someone else in order to obtain a partial rebate of the consequences of his criminal conduct.

[33] As explained by counsel for the Province, there are other difficulties with the notion of compensating for "extra time". Parole boards are assigned exclusive jurisdiction to make parole decisions. Such discretionary decisions are contextual, involving a balancing of factors including public safety, the interests of victims and rehabilitation and reintegration interests of the offender. A trial court hearing an action for negligence would not be in possession of all the material before the parole board. It would be in the position of "second guessing" what the decision of the parole board would have been had the board attributed some or all of the offender's conduct while incarcerated before parole eligibility to someone else and on that basis granted parole. It is not for a trial court in a negligence action to review the merits of a discretionary decision of a parole board. It would be doing just that if it was to find that a person would not be incarcerated for extra time but for the negligent action of another. For these reasons, the "core time" versus "extra time" approach must be rejected.

imposée créerait entre le droit criminel et le droit civil le conflit que la politique judiciaire qui sous-tend le principe *ex turpi* exige d'éviter. Pour reprendre les propos de la juge McLachlin dans l'arrêt *Hall c. Hebert*, « le souci de l'intégrité du système juridique a préséance sur la nécessité de faire assumer sa responsabilité au défendeur » (p. 181-182). Il serait illogique d'incarcérer une personne pour une infraction criminelle et de l'indemniser ensuite pour cette incarcération. Monsieur Zastowny purgeait la peine infligée pour son comportement criminel. Il ne peut attribuer à personne d'autre une partie de la peine qui lui a été légitimement infligée afin d'atténuer partiellement les conséquences de son comportement criminel.

[33] Comme l'a expliqué l'avocat de la province, la notion de l'indemnisation pour la « période additionnelle » pose d'autres problèmes. Les commissions des libérations conditionnelles ont compétence exclusive pour prendre des décisions en matière de libération conditionnelle. Ces décisions discrétionnaires sont de nature contextuelle et reposent notamment sur l'évaluation de facteurs comme la sécurité publique, les intérêts des victimes ainsi que les intérêts du contrevenant en matière de réadaptation et de réinsertion. Un tribunal de première instance qui entendrait une action pour négligence ne disposerait pas de tous les documents qui sont soumis à la commission des libérations conditionnelles. Il se trouverait forcé de « deviner » quelle aurait été la décision de la commission des libérations conditionnelles si elle avait attribué à quelqu'un d'autre une partie ou la totalité du comportement adopté par le contrevenant pendant la période d'incarcération ayant précédé son admissibilité à la libération conditionnelle, et si elle lui avait accordé la libération conditionnelle pour ce motif. Il n'appartient pas au tribunal de première instance saisi d'une action pour négligence d'examiner le bien-fondé d'une décision discrétionnaire rendue par une commission des libérations conditionnelles. C'est précisément ce qu'il ferait s'il concluait qu'une personne n'aurait pas été incarcérée pendant une période additionnelle, n'eût été l'acte de négligence d'une autre personne. Pour ces motifs, l'approche de la « période fixe » et de la « période additionnelle » doit être rejetée.

(3) The *Novus Actus Interveniens* Doctrine

[34] In the view of Smith J.A., the bar to recovery for past wage loss while incarcerated was due to the application of the *novus actus interveniens* doctrine. His conclusion was based on his interpretation of Fish J.'s words in *H.L.*:

> [S]ince the basis of the decision in *H.L. v. Canada (Attorney General)* is that H.L.'s intervening conduct broke the causal chain between the sexual assault and his imprisonment, the relevant doctrine is *novus actus interveniens* — "A new act intervenes": *The Dictionary of Canadian Law*, (Carswell: Scarborough, 1995) 2nd ed., p. 813.
>
> In *H.L. v. Canada (Attorney General)*, Fish J. said, in a passage I have already quoted but will reproduce for convenience,
>
> > 142 In any event, *the chain of causation linking H.L.'s sexual abuse to his loss of income while incarcerated was interrupted by his intervening criminal conduct.* During these periods, his lack of gainful employment was caused by his imprisonment, not by his alcoholism; and his imprisonment resulted from his criminal conduct, not from his abuse by Mr. Starr nor from the alcoholism which it was found to have induced. [Emphasis added by Smith J.A.; paras. 105-6.]

[35] I cannot agree with Smith J.A.'s conclusion that Fish J. applied the *novus actus* doctrine in *H.L.* Nowhere did Fish J. use the term *novus actus interveniens* or conduct an analysis of why that doctrine might apply. In my view, Fish J. was only pointing to the lack of evidence that might have connected H.L.'s criminality with the abuse he suffered. Unlike in *H.L.*, in the case at bar, there is evidence linking Zastowny's criminality to the sexual assaults he suffered.

[36] With respect, I think that Smith J.A. conflated the *novus actus* and *ex turpi* doctrines when he found at para. 111:

(3) Le principe *novus actus interveniens*

[34] Selon le juge Smith, c'est l'application du principe *novus actus interveniens* qui faisait obstacle à l'indemnisation de la perte de rémunération antérieure subie pendant l'incarcération. Sa conclusion était fondée sur son interprétation des propos tenus par le juge Fish dans l'arrêt *H.L.* :

> [TRADUCTION] [P]uisque l'arrêt *H.L. c. Canada (Procureur général)* tient pour acquis que le comportement que H.L. a adopté dans l'intervalle a rompu le lien de causalité entre les agressions sexuelles et son emprisonnement, c'est le principe *novus actus interveniens* qui s'applique — le principe de « l'événement nouveau » : *The Dictionary of Canadian Law*, (Carswell : Scarborough, 1995) 2e éd., p. 813.
>
> Dans l'arrêt *H.L. c. Canada (Procureur général)*, le juge Fish s'est exprimé ainsi dans un passage que j'ai déjà cité, mais que je reproduis pour des raisons de commodité :
>
> > 142 Quoi qu'il en soit, *le lien de causalité entre les abus sexuels et la perte de revenus pendant l'incarcération a été rompu par le comportement criminel de H.L.* Durant les périodes en cause, l'absence d'emploi rémunérateur était due à l'emprisonnement, et non à l'alcoolisme, et cet emprisonnement résultait du comportement criminel de H.L., et non des actes de M. Starr ni de l'alcoolisme de H.L. qui avait découlé de ces actes selon la preuve. [Souligné par le juge Smith; par. 105-106.]

[35] Je ne puis souscrire à la conclusion du juge Smith selon laquelle le juge Fish a appliqué le principe *novus actus* dans l'arrêt *H.L.* Nulle part le juge Fish n'a-t-il utilisé l'expression *novus actus interveniens* ou analysé les raisons pour lesquelles ce principe pourrait s'appliquer. À mon sens, le juge Fish faisait tout simplement ressortir l'absence d'élément de preuve qui aurait pu lier la criminalité de H.L. aux agressions dont il avait été victime. Contrairement à l'affaire *H.L.*, il existe, en l'espèce, des éléments de preuve qui lient la criminalité de M. Zastowny aux agressions sexuelles dont il a été victime.

[36] En toute déférence, je crois que le juge Smith a confondu les principes *novus actus* et *ex turpi* lorsqu'il a tiré la conclusion suivante, au par. 111 :

The question was not whether it would bring the administration of justice into disrepute to award the respondent damages for injuries arising out of his own criminal acts: rather, the question was whether the criminal acts of the respondent should serve to break the chain of causation because to award him compensation for the losses he suffered by reason of his punishment for those criminal acts would undermine the purpose of the criminal justice system by bringing the civil law into conflict with the criminal law, to the disrepute of both.

[37] The determination of a chain of causation and whether that chain was broken is a factual one. A factual chain of causation is not broken because the civil law is brought into conflict with the criminal law.

[38] Indeed in this case, Cohen J., based on the evidence of Dr. Ley, was of the view that Mr. Zastowny's incarcerations and their lengths were attributable to the sexual assaults he suffered. Unlike *H.L.*, on the evidence in this case, there is a chain of causation between the sexual assaults and Zastowny's criminal activity and incarceration. There is no basis to interfere with the factual findings of Cohen J. It is notwithstanding the chain of causation that Zastowny cannot recover damages for wages lost due to incarceration. The reason is the judicial policy underlying the *ex turpi* doctrine that the criminal and civil law should not be in conflict.

[39] In addition, application of the *novus actus* doctrine here would be inappropriate because it might suggest that a chain of causation can be irreparably broken by a plaintiff going to prison, and that is not necessarily the case. Depending on the facts, the chain of causation may still apply to attribute loss of wages for the period a person is not incarcerated. In other words, a trial judge may see fit to award a plaintiff damages for wage loss *after* a period spent in incarceration. That is what this Court will do by only reducing Zastowny's

[TRADUCTION] Il ne s'agissait pas de savoir si l'attribution de dommages-intérêts à l'intimé pour le préjudice découlant de ses propres actes criminels serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice; il s'agissait plutôt de savoir si les actes criminels de l'intimé devrait contribuer à rompre le lien de causalité parce que l'indemniser des pertes subies en raison de la peine qui lui a été infligée pour ces actes criminels irait à l'encontre de l'objet du système de justice criminelle en créant entre le droit criminel et le droit civil un conflit qui les déconsidérerait tous les deux.

[37] La question de savoir s'il existe un lien de causalité et si ce lien a été rompu est une question de fait. Un lien de causalité factuel n'est pas rompu en raison d'un conflit entre le droit civil et le droit criminel.

[38] En fait, dans le cas qui nous occupe, le juge Cohen a estimé, à la lumière du témoignage du D[r] Ley, que les incarcérations de M. Zastowny et leur durée étaient attribuables aux agressions sexuelles dont il avait été victime. Contrairement à l'affaire *H.L.*, la preuve présentée en l'espèce établit l'existence d'un lien de causalité entre les agressions sexuelles, d'une part, et les activités criminelles et l'incarcération de M. Zastowny, d'autre part. Il n'y a aucune raison de modifier les conclusions de fait du juge Cohen. Monsieur Zastowny ne peut pas obtenir des dommages-intérêts pour la perte de rémunération due à son incarcération, et ce, malgré l'existence du lien de causalité. Il en est ainsi en raison de la politique judiciaire qui sous-tend le principe *ex turpi*, selon laquelle il ne devrait pas y avoir de conflit entre le droit criminel et le droit civil.

[39] En outre, il ne conviendrait pas en l'espèce d'appliquer le principe *novus actus* du fait que cela pourrait laisser croire que l'incarcération du demandeur peut rompre définitivement le lien de causalité, ce qui n'est pas nécessairement le cas. Le lien de causalité peut, selon les faits, continuer de justifier l'attribution de dommages-intérêts pour la perte de rémunération qu'une personne subit pendant qu'elle n'est pas incarcérée. En d'autres termes, le juge de première instance peut juger opportun d'accorder à un demandeur des dommages-intérêts pour la perte

damages for wage loss to exclude the periods of time when he was in prison between 1988 and 2003.

(4) Exceptional Circumstances

[40] Fish J. left open a window in *H.L.* when he found, at para. 137, that an award for past wage loss due to incarceration would have to be justified by "exceptional considerations of a compelling nature".

[41] No exception exists in the present case. There is no principled distinction between the wage loss award at issue in *H.L.*, and that at issue in the case at bar. While I agree with Finch C.J.B.C. that the circumstances of the sexual assaults were egregious and involved a breach of trust by MacDougall in his capacity as an employee of the Province, this will be true of any case in which an institutional employer is found vicariously liable for the sexual torts of an employee. In *H.L.*, for example, the victim was a young teenager and his abuser was a government official on reserve. Moreover, as noted by Smith J.A., the egregious circumstances of Zastowny's abuse were taken into account in the trial judge's award of aggravated damages.

[42] Because awarding damages for wage loss for time spent in incarceration would create an inconsistency between the principles governing criminal responsibility in the criminal law and tort law, the only "exceptional circumstance" is where an award for wage loss while in prison would not undermine a lawfully imposed criminal sanction, such as where an individual was wrongly convicted. No valid exceptional circumstance can result in a "clash" between the criminal and civil law.

de rémunération subie *après* une période d'incarcération. C'est ce que notre Cour fera en se contentant d'abaisser le montant des dommages-intérêts accordés à M. Zastowny pour la perte de rémunération de manière à exclure ses périodes d'incarcération entre 1988 et 2003.

(4) Circonstances exceptionnelles

[40] Le juge Fish a maintenu une possibilité dans l'arrêt *H.L.* lorsqu'il a conclu, au par. 137, que l'indemnisation de la perte de rémunération antérieure due à l'incarcération devrait « se fonder sur des motifs exceptionnels pressants ».

[41] Il n'y a aucune exception en l'espèce. Il n'existe aucune distinction rationnelle entre l'indemnisation de la perte de rémunération accordée dans l'affaire *H.L.* et celle qui est cause en l'espèce. Bien que je convienne avec le juge en chef Finch que les circonstances entourant les agressions sexuelles étaient graves et qu'il y a eu abus de confiance de la part de M. MacDougall en sa qualité d'employé de la province, il en sera ainsi dans tous les cas où un employeur institutionnel est tenu responsable du fait d'autrui pour les délits sexuels d'un employé. Par exemple, dans l'affaire *H.L.*, la victime était un jeune adolescent dont l'agresseur était un représentant du gouvernement sur la réserve. En outre, comme l'a souligné le juge Smith, le juge de première instance a, dans son calcul des dommages-intérêts majorés, tenu compte des circonstances graves ayant entouré les agressions de M. Zastowny.

[42] Puisque l'attribution de dommages-intérêts pour la perte de rémunération subie pendant une période d'incarcération créerait une incohérence entre le droit de la responsabilité délictuelle et les principes de la responsabilité criminelle en droit criminel, les seules « circonstances exceptionnelles » sont celles où l'indemnisation de la perte de rémunération subie pendant une période d'incarcération ne minerait pas une sanction pénale légitimement infligée, tel le cas où un individu a été condamné à tort. Il n'y a pas de circonstances exceptionnelles valables qui peuvent engendrer un conflit entre le droit criminel et le droit civil.

B. *Cross-Appeal: Damages for Future Wage Loss*

[43] At trial, Cohen J. awarded $50,000 for future wage loss. Cohen J. did not specifically state that he was awarding future income loss for periods in which Zastowny might be incarcerated in the future, though he did say that Dr. Ley's opinion was that the plaintiff "represents a very high risk of drug relapse and future criminal offending". On appeal, both Smith and Saunders JJ.A. agreed that this award should be reduced by 30 percent to reflect the "high risk of recidivism" identified by the psychologist. Zastowny by cross-appeal submits that the Court of Appeal erred in reducing the award for loss of future earnings.

[44] The trial judge did not exclude time Zastowny had spent in prison from his damage award for past wage loss. Although he noted that Zastowny represented a high risk of recidivism, there is no indication that in awarding damages for future wage loss, he excluded time for future imprisonment based on the high risk of that occurring. It was therefore not unreasonable for Saunders and Smith JJ.A. to conclude that the award for future wage loss had to be reduced in order to reflect the likelihood of Zastowny being sent back to prison — a "very high risk" according to Dr. Ley.

V. Disposition

[45] I would allow the appeal and dismiss the cross-appeal both with costs.

Appeal allowed with costs. Cross-appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

B. *Pourvoi incident : dommages-intérêts pour la perte de rémunération ultérieure*

[43] En première instance, le juge Cohen a accordé une indemnité de 50 000 $ pour la perte de rémunération ultérieure. Il n'a pas précisé que cette indemnisation visait les périodes pendant lesquelles M. Zastowny pourrait être incarcéré dans l'avenir, bien qu'il ait affirmé que le Dr Ley était d'avis que le demandeur [TRADUCTION] « présentait un risque très élevé de récidive en matière de consommation de drogue et de criminalité ». En appel, les juges Smith et Saunders ont convenu de réduire cette indemnité de 30 p. 100, de manière à tenir compte du « risque élevé de récidive » décrit par le psychologue. Dans son pourvoi incident, M. Zastowny soutient que la Cour d'appel a commis une erreur en abaissant le montant de l'indemnité accordée pour la perte de revenus ultérieure.

[44] Le juge de première instance n'a pas exclu les périodes d'incarcération de M. Zastowny lorsqu'il a calculé les dommages-intérêts pour la perte de rémunération antérieure. Même s'il a constaté que M. Zastowny présentait un risque élevé de récidive, rien n'indique qu'il a exclu du calcul des dommages-intérêts pour la perte de rémunération ultérieure les périodes pendant lesquelles M. Zastowny risque fortement d'être incarcéré dans l'avenir. Il n'était donc pas déraisonnable pour les juges Saunders et Smith de conclure que le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération ultérieure devait être réduit de manière à tenir compte de la probabilité que M. Zastowny retourne en prison — un « risque très élevé » selon le Dr Ley.

V. Dispositif

[45] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi principal et de rejeter le pourvoi incident, avec dépens dans les deux cas.

Pourvoi principal accueilli avec dépens. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Megan Ellis & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Megan Ellis & Company, Vancouver.

Justin Ronald Beatty *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* BEATTY

Neutral citation: 2008 SCC 5.

File No.: 31550.

2007: October 19; 2008: February 22.

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

Criminal law — Dangerous operation of motor vehicle causing death — Elements of offence — Distinction between civil and penal negligence in criminal setting — Accused's vehicle crossing centre line for no apparent reason and hitting oncoming vehicle, killing all three occupants — Whether accused's momentary lapse of attention satisfies requirements of offence of dangerous operation of motor vehicle — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 249(4).

The accused was charged with dangerous operation of a motor vehicle causing death under s. 249(4) of the *Criminal Code*. The accident that gave rise to these charges occurred when the accused's pick-up truck, for no apparent reason, suddenly crossed the solid centre line into the path of an oncoming vehicle, killing all three occupants. Witnesses driving behind the victims' car observed the accused's vehicle being driven in a proper manner prior to the accident. An expert inspection concluded that the accused's vehicle had not suffered from mechanical failure. Intoxicants were not a factor. The accused stated that he was not sure what happened but that he must have lost consciousness or fallen asleep and collided with the other vehicle. The question that divided the courts below was whether this momentary act of negligence was sufficient to constitute dangerous operation of a motor vehicle causing death within the meaning of s. 249(4). The trial judge concluded that these few seconds of negligent driving could not, without more, support a finding of a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent

Justin Ronald Beatty *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* BEATTY

Référence neutre : 2008 CSC 5.

N° du greffe : 31550.

2007 : 19 octobre; 2008 : 22 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 LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Conduite dangereuse d'un véhicule à moteur causant la mort — Éléments de l'infraction — Distinction entre la négligence civile et la négligence pénale dans un contexte criminel — Véhicule de l'accusé traversant la ligne médiane sans raison apparente et heurtant un autre véhicule circulant en sens inverse, causant la mort des trois occupants de celui-ci — L'inattention momentanée de l'accusé est-elle suffisante pour constituer l'infraction de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 249(4).

L'accusé a été inculpé de trois chefs de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur ayant causé la mort, infraction décrite au par. 249(4) du *Code criminel*. L'accident à l'origine de ces accusations est survenu quand la camionnette de l'accusé a, sans raison apparente, traversé soudainement la ligne médiane pour se retrouver dans la voie d'une voiture circulant en sens inverse, dont les trois occupants ont été tués lors de la collision. Des témoins roulant derrière la voiture des victimes ont constaté que l'accusé conduisait son véhicule de façon appropriée avant l'accident. L'inspection effectuée par un expert a permis d'établir que le véhicule de l'accusé ne présentait aucune défectuosité mécanique. Aucune substance intoxicante n'a joué un rôle dans l'accident. L'accusé a déclaré qu'il n'était pas certain de ce qui s'était passé, mais qu'il avait dû perdre conscience ou s'endormir et entrer en collision avec l'autre véhicule. La question qui a divisé les juridictions inférieures était celle de savoir si cet acte de négligence momentané était suffisant pour constituer l'infraction de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur ayant

driver. The Court of Appeal set aside the acquittals and ordered a new trial, finding that the accused's conduct of crossing the centre line into the path of oncoming traffic could only be viewed as objectively dangerous and a "marked departure" from the requisite standard of care. The determining question then became whether there was an explanation for the accused's conduct that would raise a reasonable doubt that a reasonable person would have been aware of the risks in the accused's conduct.

Held: The appeal should be allowed and the acquittals restored.

Per Bastarache, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Conduct which constitutes a departure from the norm expected of a reasonably prudent person forms the basis of both civil and penal negligence. However, unlike civil negligence, which is concerned with the apportionment of loss, penal negligence is aimed at punishing blameworthy conduct. Fundamental principles of criminal justice require that the law on penal negligence concern itself not only with conduct that deviates from the norm, but also with the offender's mental state. The modified objective test established in *Hundal* remains the appropriate test to determine the requisite *mens rea* for negligence-based criminal offences. [6-7]

The onus lies on the Crown to prove both the *actus reus* and the *mens rea* of the offence of dangerous operation of a motor vehicle. With respect to the *actus reus*, the accused's conduct must be measured as against the wording of s. 249. The trier of fact must be satisfied beyond a reasonable doubt that, viewed objectively, the accused was driving in a manner that was "dangerous to the public, having regard to all the circumstances, including the nature, condition and use of the place at which the motor vehicle was being operated and the amount of traffic that at the time was or might reasonably be expected to have been at that place". As the words of the provision make plain, it is the manner in which the motor vehicle was operated that is at issue, not the consequence of the driving. The consequence, as here where death was caused, may make the offence a more serious one under s. 249(4), but it has no bearing on the question of whether

causé la mort prévue au par. 249(4). La juge du procès a conclu que ces quelques secondes de conduite négligente ne permettaient pas, à elles seules, de conclure à un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait un conducteur raisonnablement prudent. La Cour d'appel a annulé les acquittements et ordonné la tenue d'un nouveau procès, jugeant que le comportement de l'accusé qui a franchi la ligne médiane et s'est retrouvé dans la voie inverse devait forcément être considéré comme objectivement dangereux et comme un « écart marqué » par rapport à la norme de diligence requise. La question déterminante devenait donc celle de savoir si l'explication de l'accusé permettait de douter raisonnablement qu'une personne raisonnable aurait été consciente des risques que ce comportement entraînait.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et les acquittements rétablis.

Les juges Bastarache, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : Un comportement constituant un écart par rapport à la norme à laquelle on s'attendrait à voir se conformer une personne raisonnablement prudente forme la base tant de la négligence civile que de la négligence pénale. Toutefois, contrairement à la négligence civile, qui s'intéresse à la répartition de la perte, la négligence pénale vise à sanctionner un comportement blâmable. Suivant les principes fondamentaux de la justice pénale, les règles relatives à la négligence pénale doivent tenir compte non seulement du comportement dérogeant à la norme, mais aussi de l'état mental de l'auteur de l'infraction. Le critère objectif modifié établi dans *Hundal* reste le critère approprié pour déterminer la *mens rea* requise dans le cas des infractions criminelles fondées sur la négligence. [6-7]

Le ministère public est tenu de prouver à la fois l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur. En ce qui a trait à l'*actus reus*, le comportement de l'accusé est examiné à la lumière du libellé de l'art. 249. Le juge des faits doit être convaincu, hors de tout doute raisonnable, qu'objectivement l'accusé conduisait « d'une façon dangereuse pour le public, eu égard aux circonstances, y compris la nature et l'état du lieu, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible dans ce lieu ». Comme l'indiquent clairement les termes de la disposition, c'est la façon de conduire le véhicule à moteur qui est en cause, et non la conséquence de cette conduite. La conséquence — par exemple des décès, comme en l'espèce — peut entraîner l'infraction plus grave prévue au par. 249(4), mais elle n'a aucune incidence sur la question de savoir si

the offence of dangerous operation of a motor vehicle has been made out or not. [6] [43] [45-46]

The trier of fact must also be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused's objectively dangerous conduct was accompanied by the required *mens rea*. In making the objective assessment, the trier of fact should be satisfied on the basis of all the evidence, including evidence about the accused's actual state of mind, if any, that the conduct amounted to a marked departure from the standard of care that a reasonable person would observe in the accused's circumstances. Moreover, if an explanation is offered by the accused, then in order to convict, the trier of fact must be satisfied that a reasonable person in similar circumstances ought to have been aware of the risk and of the danger involved in the conduct manifested by the accused. Short of incapacity to appreciate the risk or incapacity to avoid creating it, the accused's personal attributes such as age, experience and education are not relevant. The standard against which the conduct must be measured is the conduct expected of the reasonably prudent person in the circumstances. The reasonable person, however, must be put in the circumstances the accused found himself or herself in when the events occurred in order to assess the reasonableness of the conduct. [40] [43]

In the circumstances of this case, the accused's failure to confine his vehicle to his own lane of traffic was dangerous to other users of the highway and the *actus reus* of the s. 249 offence is made out. However, the *mens rea* requirement is not met. There was no evidence of any deliberate intention to create a danger suggestive of a marked departure from the norm. Rather, the limited evidence adduced at trial about the accused's actual state of mind suggested that the dangerous conduct was due to a momentary lapse of attention. There was no evidence of improper driving before the accused's vehicle momentarily crossed the centre line. Viewed from an objective basis, this momentary act of negligence was insufficient evidence to support a finding of a marked departure from the standard of care of a prudent driver. [51-52]

Per McLachlin C.J. and Binnie and LeBel JJ.: The "marked departure" requirement applies to both the *actus reus* and the *mens rea* of the offence of dangerous operation of a motor vehicle. The *actus reus* requires a marked departure from the normal manner of driving. The *mens rea* is generally inferred from the marked

l'infraction de conduite dangereuse a été établie ou pas. [6] [43] [45-46]

Le juge des faits doit également être convaincu, hors de tout doute raisonnable, que le comportement objectivement dangereux de l'accusé était accompagné de la *mens rea* requise. Dans son appréciation objective, le juge des faits doit être convaincu, à la lumière de l'ensemble de la preuve, y compris la preuve relative à l'état d'esprit véritable de l'accusé, si une telle preuve existe, que le comportement en cause constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé. En outre, si l'accusé offre une explication, il faut alors, pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, que le juge des faits soit convaincu qu'une personne raisonnable dans des circonstances analogues aurait dû être consciente du risque et du danger inhérents au comportement de l'accusé. Sauf incapacité d'apprécier le risque ou incapacité d'éviter de le créer, les qualités personnelles de l'accusé telles que l'âge, l'expérience et le niveau d'instruction ne sont pas pertinentes. La norme par rapport à laquelle le comportement doit être apprécié est celle du comportement auquel on s'attend de la part d'une personne raisonnablement prudente dans les circonstances. Toutefois, pour apprécier le caractère raisonnable du comportement, il faut placer la personne raisonnable dans les circonstances où se trouvait l'accusé lorsque les événements se sont produits. [40] [43]

Eu égard aux circonstances de l'espèce, le fait que l'accusé n'a pas maintenu son véhicule dans sa voie était dangereux pour les autres usagers de la route et l'*actus reus* de l'infraction décrite à l'art. 249 est établi. Cependant, il n'est pas satisfait aux exigences relatives à la *mens rea*. Il n'y avait aucune preuve démontrant la moindre intention délibérée de créer un danger indicative d'un écart marqué par rapport à la norme. En fait, la preuve limitée qui a été présentée à propos de l'état mental véritable de l'accusé tendait plutôt à démontrer que la conduite dangereuse était attribuable à une inattention momentanée. Il n'y avait aucune preuve de conduite inappropriée avant que le véhicule de l'accusé ne traverse momentanément la ligne médiane. Considéré objectivement, cet acte de négligence momentané était une preuve insuffisante pour permettre de conclure à un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait un conducteur prudent. [51-52]

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie et LeBel : L'exigence de l'« écart marqué » s'applique à la fois à l'*actus reus* et à la *mens rea* de l'infraction de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur. L'*actus reus* exige un écart marqué par rapport à la façon normale de conduire. La *mens rea* se déduit en général de

departure in the nature of driving, although the evidence in a particular case may negate or cast a reasonable doubt on this inference. [61] [67]

A momentary lapse of attention without more cannot establish the *actus reus* and *mens rea* of the offence of dangerous driving, and more particularly the requirement of a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent driver necessary to establish the *actus reus*. However, additional evidence may show that a momentary lapse is part of a larger pattern that, considered as a whole, establishes the marked departure from the norm required for the offence of dangerous driving. It is for the trier of fact to consider all of the evidence objectively and determine if the *actus reus* of driving in a manner that constitutes a marked departure from the norm is established. If this is established, the *mens rea* will be inferred from the driving pattern, absent excuses presented by the accused, such as sudden and unexpected illness, which raise a reasonable doubt as to criminal intent. In cases of momentary lapse of attention, the Crown does not have to prove that the accused subjectively intended to drive in a manner that constituted a marked departure from the norm and endanger lives. [71-72] [75] [77]

Here, the marked departure required for the offence of dangerous operation of a motor vehicle has not been made out. The only evidence against the accused is evidence of momentary lapse of attention. Since the Crown did not succeed in proving that the accused's manner of driving, viewed as a whole, constituted a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent driver, it follows that it did not prove the *actus reus* of the offence. [70] [81]

Per Fish J.: The *actus reus* of dangerous driving consists in the elements of that offence set out in s. 249(1) of the *Code*. Accordingly, anyone who commits that *actus reus* with the requisite *mens rea* is guilty of dangerous driving. The *mens rea* can be established in two ways. In rare cases, the prosecution will be able to establish that the accused drove in a deliberately dangerous manner. The accused's decision to drive in a dangerous manner within the meaning of s. 249(1)(*a*), like his awareness that he is doing so, amounts to subjective *mens rea*. The *mens rea* can also be established, and generally is, by demonstrating that the accused failed

l'écart marqué dans la façon de conduire, même s'il est possible que, dans un cas donné, la preuve exclue cette déduction ou suscite un doute raisonnable à cet égard. [61] [67]

Une inattention momentanée ne peut à elle seule établir l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction de conduite dangereuse, et, de façon plus particulière, satisfaire à l'exigence relative à l'écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait un conducteur raisonnablement prudent qui est requis pour prouver l'*actus reus*. Cependant, des éléments de preuve additionnels peuvent démontrer qu'une inattention momentanée s'inscrit dans un comportement plus général qui, considéré globalement, établit l'écart marqué par rapport à la norme qui est requis pour l'infraction de conduite dangereuse. Il appartient au juge des faits de considérer objectivement l'ensemble de la preuve pour déterminer si l'*actus reus* d'une façon de conduire constituant un écart marqué par rapport à la norme a été établi. Dans l'affirmative, la *mens rea* sera déduite de la façon générale de conduire, sauf si l'accusé présente une excuse, par exemple une maladie soudaine et imprévue, faisant naître un doute raisonnable quant à la présence de l'intention criminelle. Dans le cas d'une inattention momentanée, le ministère public n'est pas tenu, pour établir l'infraction de conduite dangereuse, de prouver que l'accusé avait subjectivement l'intention de conduire d'une manière constituant un écart marqué par rapport à la norme et de mettre des vies en danger. [71-72] [75] [77]

En l'espèce, l'écart marqué requis dans le cas de l'infraction de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur n'a pas été établi. La seule preuve contre l'accusé est celle d'une inattention momentanée. Le ministère public n'est pas parvenu à prouver que, considérée globalement, la façon de conduire de l'accusé constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait un conducteur raisonnablement prudent, il n'a par conséquent pas établi l'*actus reus* de l'infraction. [70] [81]

Le juge Fish : L'*actus reus* de la conduite dangereuse se compose des éléments de cette infraction énoncés au par. 249(1) du *Code*. Par conséquent, quiconque commet cet *actus reus* avec la *mens rea* requise est coupable de conduite dangereuse. La *mens rea* peut être établie de deux façons. Dans de rares cas, la poursuite est en mesure de prouver que l'accusé a délibérément conduit d'une façon dangereuse. La décision de l'accusé de conduire d'une façon dangereuse au sens de l'al. 249(1)*a*), tout comme sa conscience d'agir ainsi, correspond à une *mens rea* subjective. La *mens rea* peut également être établie — ce qui est d'ailleurs généralement le cas

to meet the objective standard of a reasonable person in the circumstances. In such cases, the fault element is not the marked departure from the norm of a reasonably prudent driver, but the fact that a reasonably prudent driver in the accused's circumstances would have been aware of the risk of that conduct, and if able to do so, would have acted to avert it. This requisite mental element, however, may only be inferred where the impugned conduct represents a marked departure from the norm; it cannot be inferred from the mere fact that the accused operated the motor vehicle in a dangerous manner. [84-88]

Cases Cited

By Charron J.

Applied: *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; **referred to:** *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Pappajohn*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Waite*, [1989] 1 S.C.R. 1436; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Anderson*, [1990] 1 S.C.R. 265; *R. v. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60.

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; **referred to:** *R. v. Mann*, [1966] S.C.R. 238; *R. v. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Constitution Act, 1867, s. 91(27).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 219, 249.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Ryan and Smith JJ.A.) (2006), 225 B.C.A.C. 154, 371 W.A.C. 154, 31 M.V.R. (5th) 188, [2006] B.C.J. No. 1038 (QL), 2006 CarswellBC 1118, 2006 BCCA 229, setting aside the accused's acquittals entered by Smith J., [2005] B.C.J. No. 3071 (QL), 2005 CarswellBC 3387, 2005 BCSC 751, and ordering a new trial. Appeal allowed.

Alexander P. Watt and *Jaime D. Ashby*, for the appellant.

— en démontrant que l'accusé n'a pas satisfait à la norme objective du comportement qu'aurait eu une personne raisonnable placée dans des circonstances analogues. Dans de tels cas, l'élément de faute ne réside pas dans l'écart marqué par rapport à la norme du comportement qu'aurait eu un conducteur raisonnablement prudent, mais plutôt dans le fait qu'un tel conducteur, placé dans les circonstances où se trouvait l'accusé, aurait été conscient du risque de ce comportement et, s'il avait été en mesure de le faire, aurait agi afin de l'éviter. Cependant, la présence de l'élément moral requis ne peut être inférée que dans les cas où le comportement reproché constitue un écart marqué par rapport à la norme; une telle inférence ne peut être tirée du seul fait que l'intéressé a conduit le véhicule à moteur d'une façon dangereuse. [84-88]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêt appliqué : *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; **arrêts mentionnés :** *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Pappajohn*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Anderson*, [1990] 1 R.C.S. 265; *R. c. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60.

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts appliqués : *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mann*, [1966] R.C.S. 238; *R. c. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 219, 249.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Ryan et Smith) (2006), 225 B.C.A.C. 154, 371 W.A.C. 154, 31 M.V.R. (5th) 188, [2006] B.C.J. No. 1038 (QL), 2006 CarswellBC 1118, 2006 BCCA 229, qui a annulé les acquittements prononcés en faveur de l'accusé par la juge Smith, [2005] B.C.J. No. 3071 (QL), 2005 CarswellBC 3387, 2005 BCSC 751, et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Alexander P. Watt et *Jaime D. Ashby*, pour l'appelant.

Alexander Budlovsky, for the respondent.

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

CHARRON J. —

1. Overview

[1] The appellant, Justin Ronald Beatty, was charged with three counts of dangerous operation of a motor vehicle causing death. The tragic accident that gave rise to these charges occurred when Mr. Beatty's pick-up truck, for no apparent reason, suddenly crossed the solid centre line into the path of an oncoming motor vehicle, killing all three occupants. The question that divided the courts below was whether this momentary act of negligence was sufficient to constitute dangerous operation of a motor vehicle causing death within the meaning of s. 249(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[2] Instructing herself in accordance with the test set out in *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, the trial judge found that Mr. Beatty's momentary lapse of attention could not, without more, support a finding of a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent driver. She held, rather, that his "few seconds of negligent driving" fell within the continuum of negligence that would attract civil liability ([2005] B.C.J. No. 3071 (QL), 2005 BCSC 751, at para. 37). In light of this conclusion, the trial judge found it unnecessary to consider the limited evidence regarding Mr. Beatty's explanation for the accident. The trial judge added, however, that if she had concluded that Mr. Beatty's manner of driving was objectively dangerous, she would have found this evidence insufficient to raise a reasonable doubt about his guilt. Mr. Beatty was acquitted on all three counts.

[3] The British Columbia Court of Appeal was of the view that the trial judge had asked the wrong

Alexander Budlovsky, pour l'intimée.

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

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

[1] L'appelant, Justin Ronald Beatty, a été inculpé de trois chefs de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur ayant causé la mort. Le tragique accident à l'origine de ces accusations est survenu quand la camionnette de M. Beatty a, sans raison apparente, traversé soudainement la ligne médiane pour se retrouver dans la voie d'un véhicule à moteur circulant en sens inverse, dont les trois occupants ont été tués lors de la collision. La question qui a divisé les juridictions inférieures était celle de savoir si cet acte de négligence momentané était suffisant pour constituer l'infraction de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur ayant causé la mort prévue au par. 249(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[2] Appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, la juge du procès a considéré que l'inattention momentanée de M. Beatty ne permettait pas, à elle seule, de conclure à un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait un conducteur raisonnablement prudent. Elle a plutôt statué que ces [TRADUCTION] « quelques secondes de conduite négligente » s'inscrivaient dans le continuum de la négligence qui entraînerait une responsabilité civile ([2005] B.C.J. No. 3071 (QL), 2005 BCSC 751, par. 37). Étant donné cette conclusion, la juge du procès a estimé inutile d'examiner la preuve limitée relative à l'explication fournie par M. Beatty à l'égard de l'accident. Elle a cependant ajouté que, si elle avait conclu que la façon de conduire de M. Beatty était objectivement dangereuse, elle aurait jugé cette preuve insuffisante pour susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Monsieur Beatty a été acquitté des trois chefs d'accusation pesant contre lui.

[3] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a estimé que la juge du procès s'était posé la mauvaise

question. As the court put it, "[t]he right question was whether crossing the centre line into the path of oncoming traffic at 90 kilometres per hour, on a well-travelled highway was objectively dangerous" ((2006), 225 B.C.A.C. 154, 2006 BCCA 229, at para. 26). In the court's view, such conduct could only be viewed as objectively dangerous and a "marked departure" from the requisite standard of care. It therefore became incumbent upon the trial judge to consider whether Mr. Beatty's explanation raised a reasonable doubt about whether a reasonable person in similar circumstances would have been aware of the risk created by this conduct. Accordingly, the court set aside the acquittals and ordered a new trial.

[4] Mr. Beatty appeals from this order. He submits that the Court of Appeal effectively created a legal presumption to the effect that any driver who causes a car accident by reason of his or her negligence, regardless of the degree of negligence, will inevitably be convicted for dangerous driving unless the driver can offer a satisfactory explanation for the accident. This approach, he submits, not only ignores the higher standard of a "marked departure" from prudent conduct that distinguishes penal negligence from civil negligence, it effectively relieves the Crown of its burden to prove the offence and places the onus squarely on the shoulders of the accused to provide an exculpatory explanation. He submits that the trial judge's approach, by contrast, was consistent with this Court's jurisprudence and correct. He therefore asks that his acquittals be restored.

[5] The Crown takes issue with the trial judge's approach, submitting that a "momentary lack of attention" cannot be the determining criterion. The Crown argues that conduct resulting from momentary inattention may or may not amount to a marked departure from the norm depending on the circumstances. Where, as here, such conduct poses a high risk of danger, a reasonable person would have adverted to the potential risk associated with

question. Selon la cour, [TRADUCTION] « [l]a bonne question consistait à se demander si le fait de franchir, à une vitesse de 90 kilomètres à l'heure, la ligne médiane d'une route très fréquentée et de se retrouver ainsi dans la voie inverse était objectivement dangereux » ((2006), 225 B.C.A.C. 154, 2006 BCCA 229, par. 26). Selon la Cour d'appel, un tel comportement devait forcément être considéré comme objectivement dangereux et comme un « écart marqué » par rapport à la norme de diligence requise. Il incombait donc à la juge du procès de se demander si l'explication de M. Beatty permettait de douter raisonnablement qu'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation aurait été consciente des risques que ce comportement entraînait. La Cour d'appel a, en conséquence, annulé les acquittements et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[4] Monsieur Beatty fait appel de cette ordonnance. Il soutient que la Cour d'appel a en fait créé une présomption légale suivant laquelle tout conducteur causant un accident par sa négligence — peu importe le degré de celle-ci — sera inévitablement déclaré coupable de conduite dangereuse, à moins de pouvoir donner une explication satisfaisante de l'accident. Selon M. Beatty, non seulement cette approche fait fi de la norme plus élevée de l'« écart marqué » par rapport à un comportement prudent qui distingue la négligence pénale de la négligence civile, mais elle a également pour effet et de libérer le ministère public du fardeau de prouver l'infraction et d'imposer carrément à l'accusé celui de fournir une explication disculpatoire. Il prétend que l'approche de la juge du procès, en revanche, était conforme à la jurisprudence de la Cour et était bien fondée. Il demande donc que les acquittements soient rétablis.

[5] Le ministère public conteste l'approche de la juge du procès, faisant valoir qu'une « inattention momentanée » ne saurait constituer le critère déterminant. Il affirme que le comportement découlant d'une inattention momentanée peut ou non, selon les circonstances, constituer un écart marqué par rapport à la norme. Dans les cas où, comme en l'espèce, un tel comportement crée un risque élevé, une personne raisonnable aurait prévenu le risque

failing to be attentive and the objective test for proving the offence is met. The evidentiary burden then shifts to the accused to raise a reasonable doubt about whether a reasonable person, in the accused's position, would appreciate the risk he has created. "[D]angerous conduct", the Crown argues, "is no less dangerous when it results from momentary inattentiveness than when it results from continuing inattentiveness or recklessness, willful blindness, or even from [an] intentional decision to engage in the dangerous conduct". The degree of an accused's moral blameworthiness, it is suggested, is a relevant consideration in sentencing *but not in the determination of guilt.*

[6] In my respectful view, the approach advocated by the Crown does not accord with fundamental principles of criminal justice. Unquestionably, conduct which constitutes a departure from the norm expected of a reasonably prudent person forms the basis of both civil and penal negligence. However, it is important not to conflate the civil standard of negligence with the test for penal negligence. Unlike civil negligence, which is concerned with the apportionment of loss, penal negligence is aimed at punishing *blameworthy* conduct. Fundamental principles of criminal justice require that the law on penal negligence concern itself not only with conduct that deviates from the norm, which establishes the *actus reus* of the offence, but with the offender's mental state. The onus lies on the Crown to prove both the *actus reus* and the *mens rea*. Moreover, where liability for penal negligence includes potential imprisonment, as is the case under s. 249 of the *Criminal Code*, the distinction between civil and penal negligence acquires a constitutional dimension.

[7] The *modified* objective test established by this Court's jurisprudence remains the appropriate test to determine the requisite *mens rea* for negligence-based criminal offences. As the label suggests, this test for penal negligence "modifies" the purely

potentiel associé au défaut d'attention et, de ce fait, le critère objectif s'appliquant à la preuve de l'infraction est respecté. Il incombe alors à l'accusé de soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir si une personne raisonnable, dans la même situation que lui, aurait été consciente du risque qu'elle a créé. Selon le ministère public, [TRADUCTION] « un comportement dangereux n'est pas moins dangereux lorsqu'il résulte d'une inattention momentanée plutôt que d'une inattention continue ou de l'insouciance, de l'aveuglement volontaire ou même d'un comportement intentionnel ». Le degré auquel l'accusé est moralement blâmable est, prétend-on, une considération pertinente pour déterminer la peine, *mais non pour statuer sur la culpabilité.*

[6] À mon humble avis, l'approche préconisée par le ministère public n'est pas conforme aux principes fondamentaux de la justice pénale. Il ne fait aucun doute qu'un comportement constituant un écart par rapport à la norme à laquelle on s'attendrait à voir se conformer une personne raisonnablement prudente forme la base tant de la négligence civile que de la négligence pénale. Il importe toutefois de ne pas amalgamer la norme de la négligence civile et le critère utilisé pour statuer sur la négligence pénale. Contrairement à la négligence civile, qui s'intéresse à la répartition de la perte, la négligence pénale vise à sanctionner un comportement *blâmable.* Suivant les principes fondamentaux de la justice pénale, les règles relatives à la négligence pénale doivent tenir compte non seulement du comportement dérogeant à la norme, lequel établit l'*actus reus* de l'infraction, mais aussi de l'état mental de l'auteur de l'infraction. Le ministère public est tenu de prouver à la fois l'*actus reus* et la *mens rea.* De plus, quand la responsabilité pour négligence pénale est punissable d'emprisonnement, comme c'est le cas à l'art. 249 du *Code criminel*, la distinction entre la négligence civile et la négligence pénale acquiert une dimension constitutionnelle.

[7] Le critère objectif *modifié* établi par la jurisprudence de la Cour reste le critère approprié pour déterminer la *mens rea* requise dans le cas des infractions criminelles fondées sur la négligence. Comme son nom le suggère, ce critère applicable

objective norm for determining civil negligence. It does so in two important respects. First, there must be a "marked departure" from the civil norm in the circumstances of the case. A mere departure from the standard expected of a reasonably prudent person will meet the threshold for civil negligence, but will not suffice to ground liability for penal negligence. The distinction between a mere departure and a marked departure from the norm is a question of degree. It is only when the conduct meets the higher threshold that the court may find, on the basis of that conduct alone, a blameworthy state of mind.

[8] Second, unlike the test for civil negligence which does not concern itself with the mental state of the driver, the modified objective test for penal negligence cannot ignore the actual mental state of the accused. Objective *mens rea* is based on the premise that a reasonable person in the accused's position would have been aware of the risks arising from the conduct. The fault lies in the absence of the requisite mental state of care. Hence, the accused cannot avoid a conviction by simply stating that he or she *was not thinking* about the manner of driving. However, where the accused raises a reasonable doubt whether a reasonable person in his or her position would have been aware of the risks arising from the conduct, the premise for finding objective fault is no longer sound and there must be an acquittal. The analysis is thus contextualized, and allowances are made for defences such as incapacity and mistake of fact. This is necessary to ensure compliance with the fundamental principle of criminal justice that the innocent not be punished.

[9] As I will explain, it is my respectful view that the Court of Appeal's analysis in effect stopped short at determining that the *actus reus* of the offence had been made out and then erroneously

à la négligence pénale « modifie », et ce, à deux égards importants, la norme purement objective utilisée pour statuer sur la négligence civile. Premièrement, les circonstances de l'infraction doivent démontrer un « écart marqué » par rapport à la norme civile. Un simple écart par rapport à la norme que respecterait une personne raisonnablement prudente satisfera au critère préliminaire de la négligence civile, mais il ne sera pas suffisant pour établir la responsabilité en matière de négligence pénale. La distinction entre un simple écart et un écart marqué par rapport à la norme est une affaire de degré. Ce n'est que lorsque le comportement satisfait au critère plus élevé que le tribunal peut conclure, en se fondant sur ce seul comportement, à l'existence d'un état mental blâmable.

[8] Deuxièmement, contrairement au critère applicable dans le cadre de la négligence civile, qui ne tient pas compte de l'état mental du conducteur, le critère objectif modifié utilisé en matière de négligence pénale ne peut faire abstraction de l'état mental véritable de l'accusé. La *mens rea* objective repose sur le principe selon lequel une personne raisonnable, dans une situation semblable à celle de l'accusé, aurait été consciente des risques inhérents à son comportement. La faute consiste dans l'absence de l'état mental de diligence requis. Par conséquent, l'accusé ne saurait éviter une déclaration de culpabilité en disant simplement qu'il *ne pensait pas* à sa façon de conduire. Toutefois, s'il parvient à faire douter raisonnablement le tribunal qu'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation aurait été consciente des risques inhérents à son comportement, la prémisse justifiant la conclusion de faute objective se trouve dépourvue de fondement et l'acquittement s'impose. L'analyse est donc de nature contextuelle et des moyens de défense comme l'incapacité et l'erreur de fait peuvent être invoqués. Cette démarche est nécessaire pour garantir le respect du principe fondamental de justice pénale selon lequel une personne innocente ne doit pas être punie.

[9] Comme je vais l'expliquer plus loin, l'analyse de la Cour d'appel me paraît s'être limitée à déterminer que l'*actus reus* de l'infraction avait été établi, puis à imposer à M. Beatty, à tort selon moi,

placed the burden of disproving *mens rea* squarely on Mr. Beatty. By contrast, the trial judge's approach reveals no error in principle. I therefore see no reason to interfere with the verdicts reached at trial. I would allow the appeal and restore the acquittals.

2. Background

[10] The tragic accident giving rise to the criminal charges against Mr. Beatty happened on July 23, 2003 at approximately 2:00 p.m. on Highway 1, about 14 km west of Chase, British Columbia. The weather was clear, sunny and very hot; the asphalt surface of the road well travelled, in good repair, bare and dry. The collision occurred when upon reaching a curve on the highway the pick-up truck driven by Mr. Beatty suddenly, and for no apparent reason, crossed the double solid centre line into the path of an oncoming vehicle, killing all three occupants.

[11] Witnesses driving behind the victims' car observed Mr. Beatty's vehicle being driven in a proper manner prior to the accident. They testified that the accident happened very quickly or "instantaneous[ly]". The point of impact was established at about half a metre into the opposite lane of traffic. Both vehicles had been travelling at the posted 90 km/h speed limit and there was no evidence that either vehicle took evasive measures. It was estimated at trial that it would have taken Mr. Beatty's vehicle .00268 seconds to cross the double line and make contact with the oncoming car. An expert inspection concluded that Mr. Beatty's vehicle had not suffered from mechanical failure. Intoxicants were not a factor.

[12] After the accident, Mr. Beatty exited his vehicle and appeared stunned. When asked what happened by the attending police officer, he indicated that he was driving the pick-up and then "went unconscious". He said he had been working in the sun all day. A few minutes later, the

tout le fardeau de réfuter la *mens rea*. L'approche de la juge du procès, en revanche, ne comporte aucune erreur de principe. Je ne vois donc aucune raison de modifier les verdicts prononcés à l'issue du procès. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les acquittements.

2. Contexte

[10] Le tragique accident à l'origine des accusations criminelles portées contre M. Beatty s'est produit le 23 juillet 2003 vers 14 h, sur la route 1, à environ 14 km à l'ouest de Chase en Colombie-Britannique. Le temps était clair, il faisait soleil et très chaud; la surface asphaltée de cette route très fréquentée était en bon état, sèche et dégagée. La collision est survenue quand la camionnette conduite par M. Beatty, arrivant à une courbe, a soudainement et sans raison apparente traversé la double ligne médiane continue et est entrée en collision avec un véhicule circulant en sens inverse, causant la mort des trois occupants de celui-ci.

[11] Des témoins roulant derrière la voiture des victimes ont constaté que M. Beatty conduisait son véhicule de façon appropriée avant l'accident. Selon eux, l'accident est survenu très rapidement ou [TRADUCTION] « instantané[ment] ». Il a été établi que le point d'impact se situait à environ un demi-mètre dans la voie inverse. Les deux véhicules circulaient à la vitesse limite affichée de 90 km/h et rien n'indique que des manœuvres d'évitement aient été tentées par l'un ou l'autre des conducteurs. On a estimé, au procès, qu'il avait fallu 0,00268 seconde pour que le véhicule de M. Beatty traverse la ligne double et entre en collision avec la voiture circulant en sens inverse. L'inspection confiée à un expert a permis d'établir que le véhicule de M. Beatty ne présentait aucune défectuosité mécanique. Aucune substance intoxicante n'a joué un rôle dans l'accident.

[12] Après l'accident, M. Beatty est sorti de son véhicule; il semblait frappé de stupeur. Lorsque le policier présent sur les lieux lui a demandé ce qui s'était passé, il a répondu qu'il conduisait sa camionnette et qu'il a [TRADUCTION] « perdu conscience ». Il a affirmé qu'il avait travaillé au soleil toute la journée.

police officer overheard Mr. Beatty tell an ambulance attendant "I just lost consciousness. I think it was heat stroke." The ambulance attendant testified that Mr. Beatty appeared dazed and uncomprehending when asked what had happened. After several attempts at giving an explanation, Mr. Beatty stated that he was not sure what happened but that he must have fallen asleep and collided with the other vehicle.

[13] After reviewing the evidence, the trial judge instructed herself according to the test laid out in *Hundal*. I will review the analysis in *Hundal* in more detail later in these reasons. The trial judge noted that "[t]he application of this objective test has been challenging for trial courts", as "reflected in a number of decisions that at first blush would appear to be irreconcilable" (para. 28). After reviewing some of the appellate jurisprudence, including cases where the accused's driving had been held to constitute a "marked departure" from the applicable standard, she concluded as follows:

> The circumstances in this case are different. Here there is no evidence of any improper driving by Mr. Beatty before his truck veered into the westbound lane and into the oncoming vehicle. While that act of driving was clearly negligent it occurred within a matter of seconds. Moreover, there was no evidence of any evasive measures or evidence of any obstruction in the eastbound lane that might have caused him to veer into the westbound lane. In my view, the only reasonable inference to be drawn in these circumstances, of Mr. Beatty's manner of driving, was that he experienced a loss of awareness, whether that was caused by him nodding off or for some other reason. That loss of awareness resulted in him continuing to drive straight instead of following the curve in the road and thereby cross the double solid line. These few seconds of clearly negligent driving, which had devastating consequences, are the only evidence of Mr. Beatty's manner of driving. In my view, *Hundal* requires something more than a few seconds of lapsed attention to establish objectively dangerous driving. Criminal culpability cannot be found, beyond a reasonable doubt, on such a paucity of evidence. [para. 36]

Quelques minutes plus tard, le policier a entendu M. Beatty dire à un ambulancier : [TRADUCTION] « J'ai tout simplement perdu conscience. C'est probablement un coup de chaleur. » L'ambulancier a témoigné que M. Beatty semblait abasourdi et avait l'air de ne pas comprendre lorsqu'on lui demandait ce qui s'était passé. Après avoir essayé à quelques reprises de donner une explication, M. Beatty a déclaré qu'il n'était pas certain de ce qui s'était passé, mais qu'il avait dû s'endormir et entrer en collision avec l'autre véhicule.

[13] Après examen de la preuve, la juge du procès a appliqué le critère énoncé dans *Hundal*. Je reviendrai plus loin, d'une façon plus approfondie, sur l'analyse faite dans cet arrêt. La juge a souligné que [TRADUCTION] « [l]'application de ce critère objectif a posé des difficultés aux tribunaux de première instance », comme « en témoignent plusieurs décisions qui, à première vue, semblent inconciliables » (par. 28). Ayant passé en revue quelques arrêts des cours d'appel, notamment des décisions où il a été jugé que la façon de conduire de l'accusé constituait un « écart marqué » par rapport à la norme applicable, la juge a conclu ainsi :

> [TRADUCTION] Les circonstances de l'espèce sont différentes. Dans la présente affaire, rien ne prouve que M. Beatty ait conduit sa camionnette de façon inappropriée avant qu'elle se retrouve dans la voie inverse et percute un véhicule circulant en direction ouest. Bien qu'il y ait manifestement eu conduite négligente, elle n'a duré que quelques secondes. De plus, rien n'indiquait qu'il y ait eu des manœuvres d'évitement, ni la présence d'une quelconque obstruction sur la voie en direction est qui aurait amené M. Beatty à dévier vers la voie en direction ouest. À mon avis, la seule conclusion raisonnable qui peut, dans les circonstances, être tirée de la façon de conduire de M. Beatty est qu'il a perdu conscience — soit parce qu'il s'est endormi, soit pour une autre raison. Cette perte de conscience l'a amené à continuer à rouler en ligne droite au lieu de prendre le virage, et à traverser ainsi la double ligne continue. Ces quelques secondes de conduite clairement négligente, qui ont eu des conséquences désastreuses, constituent la seule preuve de la façon de conduire de M. Beatty. Or, l'arrêt *Hundal* exige selon moi plus que quelques secondes d'inattention pour que soit établie une conduite objectivement dangereuse. On ne saurait conclure hors de tout doute raisonnable à une culpabilité criminelle sur la base d'une preuve aussi faible. [par. 36]

[14] The trial judge then expounded on the distinction between criminal and civil negligence as follows:

> This tragic accident occurred from a momentary lapse of attention and snuffed out the lives of three individuals. There is nothing a court can do or say that will adequately redress the loss suffered by the victims' families in such circumstances. However, in assessing criminal culpability it is not the consequences of a negligent act of driving that determines whether an accused's manner of driving is objectively dangerous. It is the driving itself that must be examined. In my view, Mr. Beatty's few seconds of negligent driving, in the absence of something more, is insufficient evidence to support a finding of a *marked* departure from the standard of care of a prudent driver. As contemplated by *Hundal* Mr. Beatty's negligent driving undoubtedly falls within the continuum of negligence that is certain to attract considerable civil liability. It is in that forum that redress for his actions will be found. [Emphasis in original; para. 37.]

[15] In light of this conclusion, the trial judge found it unnecessary to consider the limited evidence regarding Mr. Beatty's explanation for the accident. However, she added the following comment:

> If I had concluded that Mr. Beatty's manner of driving was objectively dangerous, I would have found this evidence of a possible explanation for his dangerous driving insufficient to raise a reasonable doubt that his manner of driving was objectively dangerous. [para. 38]

[16] The trial judge therefore acquitted Mr. Beatty on all three counts. On appeal by the Crown, the Court of Appeal found error in the approach adopted by the trial judge. The court's reasoning is aptly captured in paras. 22-27 of the reasons for judgment where Finch C.J.B.C., writing for the court, stated as follows:

> In this case, there is no evidence that the respondent was speeding, no evidence that he had consumed alcohol or drugs, and no evidence that he was driving erratically or improperly at any time before his vehicle crossed into the oncoming lane of traffic.

[14] La juge du procès a ensuite précisé la distinction entre la négligence pénale et la négligence civile :

> [TRADUCTION] Ce tragique accident découle d'une inattention momentanée et a coûté la vie à trois personnes. Il n'y a rien qu'un tribunal puisse faire ou dire pour réparer la perte subie par les familles des victimes dans de telles circonstances. Mais, dans l'appréciation de la culpabilité criminelle, ce ne sont pas les conséquences de la conduite négligente d'un véhicule qui déterminent si la façon de conduire de l'accusé était objectivement dangereuse. Ce qu'il faut examiner, c'est la conduite elle-même. À mon avis, les quelques secondes de conduite négligente de M. Beatty constituent une preuve insuffisante à elle seule pour permettre de conclure à un écart *marqué* par rapport à la norme de diligence que respecterait un conducteur prudent. Dans la perspective de l'arrêt *Hundal*, la conduite négligente de M. Beatty s'inscrit sans aucun doute dans le continuum de la négligence qui entraînerait inévitablement une responsabilité civile considérable. C'est dans ce cadre que réparation pourra être obtenue. [En italique dans l'original; par. 37.]

[15] Vu cette conclusion, la juge du procès a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la preuve limitée concernant l'explication de l'accident fournie par M. Beatty. Elle a toutefois ajouté ceci :

> [TRADUCTION] Si j'étais arrivée à la conclusion que la façon de conduire de M. Beatty était objectivement dangereuse, j'aurais jugé cette preuve d'une possible explication de la conduite dangereuse insuffisante pour faire naître un doute raisonnable quant à la dangerosité objective de sa façon de conduire. [par. 38]

[16] La juge du procès a donc acquitté M. Beatty relativement à tous les chefs d'accusation. Sur appel du ministère public, la Cour d'appel a conclu que la juge du procès avait adopté une approche erronée. Le raisonnement de la Cour d'appel est bien exposé aux par. 22 à 27 des motifs du jugement, dans lesquels le juge en chef Finch, s'exprimant au nom de la cour, a écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION] En l'espèce, rien n'indique que l'intimé roulait à une vitesse excessive, qu'il avait consommé de l'alcool ou des drogues ou que sa conduite avait été anormale ou inappropriée à quelque moment avant que son véhicule ne dévie dans la voie en sens inverse.

However, the evidence showed that there was only one lane for travel in each direction, the traffic was proceeding at or near the posted speed limit of 90 kilometres per hour, the highway was well-travelled, there was limited visibility approaching the curve, and the collision occurred within a split second of the respondent's crossing onto the oncoming lane of traffic.

Viewed objectively, the respondent's failure to confine his vehicle to its own lane of travel was in "all the circumstances" highly dangerous to other persons lawfully using the highway, and in particular those approaching in a westerly direction on their own side of the road.

The trial judge addressed her attention to the respondent's "momentary lack of attention" and his "few seconds of lapsed attention". She held that such a momentary lapse should not be characterized as dangerous driving.

In my respectful opinion the learned trial judge asked the wrong question. The right question was whether crossing the centre line into the path of oncoming traffic at 90 kilometres per hour, on a well-travelled highway was objectively dangerous. I think that question could only be answered in the affirmative. Driving in that way is clearly a "marked departure" from the standard of care a reasonable person would observe in the accused's situation.

The second part of the *Hundal* test is whether, even though the driving is objectively dangerous, there is an explanation for the accused's conduct that would "raise a reasonable doubt that a reasonable person would have been aware of the risks in the accused's conduct".

[17] The Court of Appeal held that the trial judge's added comments regarding Mr. Beatty's explanation were "hypothetical" and that they did "not adequately engage the analysis required under the second step in *Hundal*" (para. 28). The court therefore set aside the acquittals and ordered a new trial.

3. Analysis

[18] In the context of this proceeding, no one disputes that, in crossing the centre lane into the

Toutefois, la preuve a montré qu'il y avait une seule voie dans chaque direction, que les véhicules roulaient à la vitesse limite affichée de 90 kilomètres à l'heure ou à peu près, que la route était très fréquentée, que la visibilité était réduite à l'approche du virage et que la collision est survenue une fraction de seconde après que l'intimé s'est retrouvé dans la voie inverse.

Considéré objectivement, le fait que l'intimé n'a pas maintenu son véhicule dans sa voie était « eu égard aux circonstances » très dangereux pour les autres personnes circulant légalement sur la route, en particulier pour celles qui approchaient, en direction ouest, de leur propre côté de la route.

La juge du procès s'est arrêtée à « l'inattention momentanée » de l'intimé et à ses « quelques secondes d'inattention ». Elle a conclu qu'une telle inattention momentanée ne devait pas être qualifiée de conduite dangereuse.

À mon avis, la juge du procès s'est posé la mauvaise question. La bonne question était celle de savoir si le fait de franchir, à la vitesse de 90 kilomètres à l'heure, la ligne médiane d'une route très fréquentée et de se retrouver ainsi dans la voie inverse était objectivement dangereux. Je pense qu'on ne peut répondre à cette question que par l'affirmative. Conduire de cette façon représente clairement un « écart marqué » par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable placée dans la même situation que l'accusé.

Le deuxième volet du critère énoncé dans *Hundal* consiste à se demander si, malgré le caractère objectivement dangereux de la conduite du véhicule par l'accusé, il existe une explication qui ferait « naître un doute raisonnable quant à savoir si une personne raisonnable aurait été consciente des risques inhérents au comportement de l'accusé ».

[17] La Cour d'appel a conclu que l'observation ajoutée par la juge du procès au sujet de l'explication de M. Beatty était de nature [TRADUCTION] « hypothétique » et « ne se rattachait pas adéquatement à l'analyse requise à la deuxième étape de la démarche exposée dans *Hundal* » (par. 28). La Cour d'appel a par conséquent annulé les acquittements et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

3. Analyse

[18] Dans le contexte de la présente instance, personne ne conteste que la façon de conduire de

path of an oncoming motor vehicle, Mr. Beatty's manner of driving fell below the standard of care of a reasonably prudent driver. We recognize here the well-established standard for the tort of negligence. As noted by the trial judge, Mr. Beatty's negligent driving would therefore undoubtedly attract civil liability. I will refer to the standard for the tort of negligence simply as "civil negligence". The more difficult question is whether Mr. Beatty's act of negligent driving also attracts criminal liability for the offence of dangerous operation of a motor vehicle causing death under s. 249(4) of the *Criminal Code*.

M. Beatty, dont le véhicule a traversé la ligne médiane pour se retrouver dans la voie d'un véhicule circulant en sens inverse, ne correspondait pas à la norme de diligence qu'aurait respectée un conducteur raisonnablement prudent. Nous reconnaissons ici la norme bien établie pour le délit de négligence. Comme l'a signalé la juge du procès, la conduite négligente du véhicule par M. Beatty entraînerait donc sans nul doute la responsabilité civile de ce dernier. Pour désigner la norme applicable à l'égard du délit de négligence, je parlerai simplement de « négligence civile ». La question plus difficile à trancher est celle de savoir si la conduite négligente de M. Beatty entraîne aussi sa responsabilité criminelle à l'égard de l'infraction de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur ayant causé la mort qui est prévue au par. 249(4) du *Code criminel*.

[19] The relevant parts of s. 249 read as follows:

[19] Voici les dispositions pertinentes de l'art. 249 :

249. (1) Every one commits an offence who operates

(*a*) a motor vehicle in a manner that is dangerous to the public, having regard to all the circumstances, including the nature, condition and use of the place at which the motor vehicle is being operated and the amount of traffic that at the time is or might reasonably be expected to be at that place;

. . .

(4) Every one who commits an offence under subsection (1) and thereby causes the death of any other person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

249. (1) Commet une infraction quiconque conduit, selon le cas :

a) un véhicule à moteur d'une façon dangereuse pour le public, eu égard aux circonstances, y compris la nature et l'état du lieu, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible dans ce lieu;

. . .

(4) Quiconque commet une infraction mentionnée au paragraphe (1) et cause ainsi la mort d'une autre personne est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

[20] It is well established that dangerous driving is based on a form of negligent conduct. As is readily apparent from a reading of s. 249, an act of dangerous operation of a motor vehicle necessarily falls below the standard of care expected of a reasonably prudent driver; among other things, it is expected that a reasonably prudent driver will *not* drive "in a manner that is dangerous to the public" as proscribed by this provision. The converse, however, does not hold true. An act of negligent driving will not necessarily constitute the offence of dangerous driving. The question raised on this appeal requires

[20] Il est bien établi que la conduite dangereuse constitue, à la base, une forme de comportement négligent. Comme il appert à la lecture de l'art. 249, un acte relevant de la conduite dangereuse déroge nécessairement à la norme de diligence que respecterait un conducteur raisonnablement prudent — on s'attend notamment à ce qu'un conducteur raisonnablement prudent *ne* conduise *pas* « d'une façon dangereuse pour le public », comportement proscrit par cette disposition. Toutefois, l'inverse n'est pas vrai. Un acte relevant de la conduite négligente ne constitue pas nécessairement une infraction de

the Court to reiterate the important distinction between civil negligence and negligence in a criminal setting. The latter has often been referred to as "penal negligence" so as not to confuse the *category* of negligence-based offences in a criminal setting with the particular offence of criminal negligence under s. 219 of the *Criminal Code* which, of course, also forms part of this category. This Court in *Hundal* adopted what it called a *modified* objective test for determining the requisite *mens rea* for negligence-based driving offences.

[21] As evidenced by the decisions in the courts below in this case, the application of this modified objective test has often proved to be challenging. I therefore propose to review the test in *Hundal* and its underlying rationale in some detail. I will then restate the test in reference to both constituent elements of the offence, the *actus reus* and the *mens rea*. Before reviewing the test in *Hundal*, it may be useful to recall the common law and constitutional principles upon which the decision was based and to briefly review some of the jurisprudence that preceded the decision.

3.1 *The Pre-Charter Landscape*

[22] Prior to the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Parliament could prohibit any act and impose any penal sanction for infringing that prohibition, provided of course that it acted within the scope of its power with respect to the "Criminal Law" under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. In addition, Parliament and provincial legislatures could create any number of statutory offences within their respective spheres of legislative power. As long as legislation met this constitutional test, the role of the court in reviewing the substance of a prohibition was limited to interpreting its meaning in the light of certain presumptive principles of criminal justice. A classic and often-quoted statement of one such governing principle is the following by Dickson J. (as he

conduite dangereuse. La question soulevée dans le présent pourvoi oblige la Cour à réitérer la distinction importante entre la négligence civile et la négligence en matière criminelle. Pour désigner la seconde, on utilise souvent le terme « négligence pénale », afin d'éviter toute confusion entre la *catégorie* des infractions fondées sur la négligence en matière criminelle et l'infraction particulière de négligence criminelle prévue à l'art. 219 du *Code criminel* qui, bien entendu, fait aussi partie de cette catégorie. Dans *Hundal*, notre Cour a adopté ce qu'elle a appelé un « critère objectif *modifié* » pour déterminer la *mens rea* requise dans le cas des infractions fondées sur la conduite négligente.

[21] Comme en témoignent les décisions des juridictions inférieures en l'espèce, l'application du critère objectif modifié a souvent posé problème. C'est pourquoi je voudrais examiner d'une façon assez approfondie le critère énoncé dans *Hundal* ainsi que son fondement. Je reformulerai ensuite ce critère par rapport aux deux éléments constitutifs de l'infraction, l'*actus reus* et la *mens rea*. Mais, avant de procéder à l'examen du critère établi dans *Hundal*, il est sans doute utile de rappeler les principes de common law et les principes constitutionnels sur lesquels reposait cette décision, et de passer rapidement en revue la jurisprudence antérieure.

3.1 *Le paysage avant l'adoption de la Charte*

[22] Avant la promulgation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le Parlement pouvait interdire tout acte et punir de toute sanction la violation de l'interdiction en question — à la condition, bien entendu, d'agir dans les limites de la compétence que lui confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* à l'égard de la « loi criminelle ». De plus, le Parlement et les législatures provinciales avaient toute latitude pour créer des infractions dans leurs sphères respectives de compétence législative. Pourvu que la disposition soit conforme à ce critère constitutionnel, le rôle du tribunal appelé à examiner la substance d'une interdiction se limitait à en interpréter le sens à la lumière de certains principes présumés régir la justice pénale. Un énoncé classique et fréquemment

then was) in *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at pp. 1309-10:

> The distinction between the true criminal offence and the public welfare offence is one of prime importance. Where the offence is criminal, the Crown must establish a mental element, namely, that the accused who committed the prohibited act did so intentionally or recklessly, with knowledge of the facts constituting the offence, or with wilful blindness toward them. Mere negligence is excluded from the concept of the mental element required for conviction. Within the context of a criminal prosecution a person who fails to make such enquiries as a reasonable and prudent person would make, or who fails to know facts he should have known, is innocent in the eyes of the law. [Emphasis added.]

[23] Of course, Dickson J. was identifying here the presumptive common law principles that apply in the absence of a contrary legislative intention. He made this context clear in his subsequent judgment (dissenting, but not on this point) in *R. v. Pappajohn*, [1980] 2 S.C.R. 120, where he aptly summed up the pre-*Charter* legal landscape as follows:

> There rests now, at the foundation of our system of criminal justice, the precept that a man cannot be adjudged guilty and subjected to punishment, unless the commission of the crime was voluntarily directed by a willing mind. Blackstone spoke of a "vicious act" consequent upon a "vicious will" (*Commentaries*, Book IV, at p. 21). Proof of the mental element is an essential and constituent step in establishing criminal responsibility. Parliament can, of course, by express words, create criminal offences for which a guilty intention is not an essential ingredient. Equally, *mens rea* is not requisite in a wide category of statutory offences which are concerned with public welfare, health and safety. Subject to these exceptions, *mens rea*, consisting of some positive states of mind, such as evil intention, or knowledge of the wrongfulness of the act, or reckless disregard of consequences, must be proved by the prosecution. The mental element may be established by inference from the nature of the act committed, or by additional evidence. [pp. 138-39]

cité de l'un de ces principes est celui qu'a formulé le juge Dickson (plus tard Juge en chef), dans *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, p. 1309-1310 :

> La distinction entre l'infraction criminelle réelle et l'infraction contre le bien-être public est de première importance. Dans le cas d'une infraction criminelle, le ministère public doit établir un élément moral, savoir, que l'accusé qui a commis l'acte prohibé l'a fait intentionnellement ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager. L'élément moral exigé pour qu'il y ait condamnation exclut la simple négligence. Dans le contexte d'une poursuite criminelle, est innocente aux yeux de la loi la personne qui néglige de demander les renseignements dont s'enquerrait quelqu'un de raisonnable et de prudent ou qui ne connaît pas des faits qu'elle devrait connaître. [Je souligne.]

[23] Bien entendu, le juge Dickson décrivait en l'occurrence les principes de la common law censés s'appliquer en l'absence d'une intention contraire exprimée par le législateur. Il a apporté cette précision à l'occasion de son jugement ultérieur (dissident, mais non sur ce point) dans l'arrêt *R. c. Pappajohn*, [1980] 2 R.C.S. 120, où il a bien résumé le paysage juridique avant l'adoption de la *Charte* :

> Notre système de justice criminelle repose sur le principe qu'un homme ne peut être déclaré coupable et se voir imposer une peine, à moins que la perpétration du crime ne découle d'un acte volontaire. Blackstone a parlé d'un [TRADUCTION] « acte illégal » résultant d'une [TRADUCTION] « volonté de nuire » (*Commentaries*, Livre IV, à la p. 21). La preuve de l'élément mental est une étape essentielle et fondamentale de l'établissement de la responsabilité pénale. Le Parlement peut, bien sûr, en termes exprès, créer des infractions criminelles pour lesquelles une intention coupable n'est pas un élément essentiel. De même, la *mens rea* n'est pas requise pour un grand nombre d'infractions créées par la loi relativement au bien-être, à la santé et à la sécurité publique. Sous réserve de ces exceptions, la poursuite doit établir la *mens rea*, c'est-à-dire un état d'esprit positif, comme l'intention malveillante, ou la connaissance du caractère fautif de l'acte, ou l'indifférence insouciante quant à ses conséquences. L'élément mental peut être établi par déduction à partir de la nature de l'acte commis, ou par une preuve complémentaire. [p. 138-139]

3.2 *Fundamental Principles of Criminal Justice Under the Charter*

[24] With the advent of the *Charter*, the parameters of valid federal and provincial legislation became defined, not only along division of powers lines but by minimal constitutional requirements. Therefore, with the *Charter* came a renewed interest in the mental elements of crimes and regulatory offences. To what extent had the fundamental principles of criminal justice that gave rise to the common law presumptions on *mens rea* become constitutionally entrenched? The question came to the fore shortly after the *Charter* came into force in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.

[25] The British Columbia *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, provided for minimum periods of imprisonment for the offence of driving on a highway or industrial road without a valid driver's licence or with a licence under suspension. Moreover, s. 94(2) of the Act provided that this offence was one of absolute liability in which guilt was established by the proof of driving, whether or not the driver knew of the prohibition or suspension. On a reference brought by the provincial government, the British Columbia Court of Appeal found s. 94(2) inconsistent with s. 7 of the *Charter* and of no force or effect. The decision was upheld by this Court. Lamer J. (as he then was) made it clear that in the post-*Charter* era, absolute liability and imprisonment cannot be combined. This holds true regardless of whether imprisonment is mandatory or not. Though absolute liability provisions are not in and of themselves unconstitutional, they will be offensive to principles of fundamental justice entrenched under s. 7 of the *Charter* to the extent that they have the potential of depriving of life, liberty, or security of the person. The fundamental principle at play was stated as follows (at p. 513):

3.2 *Principes fondamentaux de justice pénale sous le régime de la Charte*

[24] Avec l'avènement de la *Charte*, les paramètres de la validité des mesures législatives fédérales et provinciales allaient désormais être définis, non seulement en fonction du partage des champs de compétence, mais aussi en fonction d'exigences constitutionnelles minimales. La *Charte* a ainsi suscité un regain d'intérêt pour l'élément moral des crimes et des manquements aux lois ou règlements. Dans quelle mesure les principes fondamentaux de justice pénale à l'origine des présomptions de la common law en matière de *mens rea* étaient-ils dorénavant consacrés dans la Constitution? La question s'est posée peu de temps après l'entrée en vigueur de la *Charte*, dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

[25] La *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288, de la Colombie-Britannique établissait des périodes minimales d'emprisonnement pour quiconque commettait l'infraction de conduire sur une route ou un chemin industriel sans permis de conduire valide ou alors que son permis est suspendu. Le paragraphe 94(2) de cette loi disposait en outre que cette infraction était une infraction de responsabilité absolue pour laquelle il y avait culpabilité sur preuve que la personne avait conduit un véhicule, qu'elle ait été au courant ou non de l'interdiction ou de la suspension. Dans un renvoi soumis par le gouvernement provincial, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que le par. 94(2) était incompatible avec l'art. 7 de la *Charte* et inopérant. Cette décision a été confirmée par notre Cour. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a clairement indiqué que, depuis l'adoption de la *Charte*, la responsabilité absolue et la peine d'emprisonnement ne peuvent être combinées — et cela, que l'emprisonnement soit obligatoire ou non. Même si les dispositions créant des infractions de responsabilité absolue ne sont pas en soi inconstitutionnelles, elles portent atteinte aux principes de justice fondamentale reconnus par l'art. 7 de la *Charte* dans la mesure où elles peuvent avoir comme conséquence de priver quelqu'un de la vie, de la liberté ou de la sécurité de sa personne. Le principe fondamental en cause a été formulé comme suit (p. 513) :

It has from time immemorial been part of our system of laws that the innocent not be punished. This principle has long been recognized as an essential element of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in the dignity and worth of the human person and on the rule of law. It is so old that its first enunciation was in Latin *actus non facit reum nisi mens sit rea.*

[26] It therefore became clear that *mens rea*, as a presumed element in *Sault Ste. Marie*, had acquired a constitutional dimension. As noted subsequently in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636 (where the Court held that subjective *mens rea* was constitutionally required in respect of the offence of murder):

Re B.C. Motor Vehicle Act did not decide what level of *mens rea* was constitutionally required for each type of offence, but inferentially decided that even for a mere provincial regulatory offence at least negligence was required, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused who risks imprisonment upon conviction. [Emphasis added; p. 652.]

3.3 *Mens Rea and Negligence-Based Offences*

[27] Not surprisingly, in the years that followed, the requisite *mens rea* for certain negligence-based criminal offences attracted much judicial scrutiny. Even in cases where the constitutional validity of the legislation was not impugned, the constituent elements of the offence were now interpreted in the light of minimal constitutional requirements. In particular, the question whether the test for determining the requisite *mens rea* for negligence-based offences was subjective or objective was much debated. In *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, and in *R. v. Waite*, [1989] 1 S.C.R. 1436, released concurrently, the Court was equally divided (three of the nine judges did not participate in the decisions) on the question whether the offence of criminal negligence under s. 202 (now s. 219) of the *Criminal Code* called for a subjective or objective test. *Tutton* concerned parents who caused the death of their son by denying him the necessaries of life. *Waite* concerned an impaired driver who

Depuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit. Il est si ancien que c'est en latin qu'il a été énoncé pour la première fois : *actus non facit reum nisi mens sit rea.*

[26] Il était donc manifeste que la *mens rea*, à titre d'élément présumé dans *Sault Ste-Marie*, avait acquis une dimension constitutionnelle. Comme il a été souligné par la suite dans *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636 (où la Cour a jugé que la *mens rea* subjective était exigée par la Constitution à l'égard de l'infraction de meurtre) :

Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on ne précise pas le degré de *mens rea* qu'exige la Constitution pour chaque type d'infraction, mais on établit indirectement que, même dans le cas d'une infraction à une réglementation provinciale, la négligence est au moins requise, en ce sens que l'accusé qui risque d'être condamné à l'emprisonnement s'il est déclaré coupable doit toujours pouvoir au moins invoquer un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. [Je souligne; p. 652.]

3.3 *Mens rea et infractions de négligence*

[27] Il n'est pas étonnant que, dans les années qui ont suivi, la *mens rea* requise pour certaines infractions criminelles fondées sur la négligence ait beaucoup retenu l'attention des tribunaux. Même lorsque la constitutionnalité de la mesure législative n'était pas contestée, les éléments constitutifs de l'infraction se voyaient maintenant interprétés à la lumière d'exigences constitutionnelles minimales. En particulier, la question de savoir si le critère applicable pour déterminer la *mens rea* requise dans le cas des infractions de négligence était subjectif ou objectif a fait l'objet d'un vif débat. Dans les arrêts *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, et *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436, rendus simultanément, la Cour était divisée également (trois des neuf juges n'ont pas participé aux décisions) sur le point de savoir si l'infraction de négligence criminelle prévue à l'art. 202 (maintenant l'art. 219) du *Code criminel* commandait l'application d'un critère subjectif ou objectif. L'affaire

caused the death of four young persons and injured a fifth person when he played chicken with a hayride. Three judges were of the view that, in order to sit comfortably with principles of penal liability and fundamental justice, the *mens rea* for the offence of criminal negligence must be assessed subjectively, requiring proof of a positive state of mind such as intent, recklessness or wilful blindness. Three other judges held that an objective test must be used in determining criminal negligence, with different opinions on how this objective test should be applied.

[28] A few years later, the question whether the constitutional requirement of *mens rea* called for a subjective or objective test in respect of the negligence-based offence of dangerous driving was again the precise issue before the Court in *Hundal*. A unanimous Court (Stevenson J. taking no part in the judgment) resolved the impasse created in *Tutton* and *Waite*, at least in the context of driving offences, by adopting a "modified" objective test.

3.3.1 Objective *Mens Rea* Appropriate for Driving Offences

[29] The Court accepted objective fault as an appropriate basis for imposing criminal liability because of "[t]he nature of driving offences", having particular regard to: the "licensing requirement" for driving; "the automatic and reflexive nature of driving"; the wording of the legislative provision; and the "obvious and urgent" need to control the conduct of drivers (pp. 883-86). The fact that driving is a regulated and voluntary activity plays a key role in the adoption of a modified objective test for the *mens rea* of dangerous driving. The Court explained how the licensing

Tutton portait sur des parents qui avaient causé la mort de leur fils en omettant de lui fournir les choses nécessaires à la vie. Dans l'affaire *Waite*, un conducteur en état d'ébriété avait causé la mort de quatre jeunes personnes et en avait blessé une cinquième en jouant au « jeu du froussard » avec un défilé de chariots à foin. Trois juges étaient d'avis que, pour respecter les principes de responsabilité pénale et de justice fondamentale, la *mens rea* doit être évaluée subjectivement dans le cas de l'infraction de négligence criminelle, et qu'il faut donc faire la preuve d'un état d'esprit positif tel que l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire. Trois autres juges estimaient qu'il fallait utiliser un critère objectif pour déterminer la négligence criminelle, et avaient des opinions différentes quant à la façon d'appliquer ce critère objectif.

[28] Quelques années plus tard, dans *Hundal*, la Cour a de nouveau été appelée à décider si l'exigence constitutionnelle de la *mens rea* nécessitait l'application d'un critère subjectif ou d'un critère objectif dans le cas de l'infraction de conduite dangereuse, qui est fondée sur la négligence. Les juges de la Cour (à l'exception du juge Stevenson qui n'a pas pris part au jugement) ont unanimement résolu l'impasse créée dans *Tutton* et *Waite*, à tout le moins dans le contexte des infractions relatives à la conduite d'un véhicule, en adoptant un critère objectif « modifié ».

3.3.1 Caractère approprié de la *mens rea* objective dans le cas des infractions relatives à la conduite d'un véhicule

[29] La Cour a accepté que la faute objective puisse constituer un fondement approprié pour l'imputation de la responsabilité criminelle en raison de « [l]a nature des infractions en matière de conduite automobile », étant donné en particulier les considérations suivantes : l'« exigence [. . .] d'un permis », la « nature automatique et réactive de la conduite d'un véhicule automobile »; le texte de la disposition; la nécessité « manifeste et urgente » de contrôler le comportement des conducteurs (p. 883-886). Le fait que la conduite d'un véhicule soit une activité réglementée et volontaire a joué un

requirement impacted on the question of *mens rea* in two principal ways.

[30] First, because driving can only be undertaken by those who have a licence, as a general rule, the law can take it as a given that those who drive are mentally and physically capable of doing so and that they are familiar with the requisite standard of care. As Cory J. put it: "As a result, it is unnecessary for a court to establish that the particular accused intended or was aware of the consequences of his or her driving" (p. 884). In other words, the driver's capacity and awareness can simply be inferred from the licensing requirements.

[31] Second, there is no injustice in inferring the requisite *mens rea* from the voluntary act of driving because, as Cory J. explained, "[l]icensed drivers choose to engage in the regulated activity of driving" and by doing so, "place themselves in a position of responsibility to other members of the public who use the roads" (p. 884). Hence, those who choose to engage in this inherently dangerous activity and fail to meet the requisite standard of care cannot be said to be morally innocent. The Court shed further light on how objective fault can thus be reconciled with principles of fundamental justice in *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, released later that same year. In *Finlay*, the Court confirmed that the modified objective test adopted in *Hundal* also satisfied minimum fault requirements under s. 7 of the *Charter* in respect of the offence of storing firearms and ammunition in a careless manner. Lamer C.J. explained as follows (at p. 115):

It is a basic tenet of the principles of fundamental justice that the state not be permitted to punish and deprive of liberty the morally innocent. Those who have the capacity to live up to a standard of care and fail to do so, in circumstances involving inherently dangerous activities, however, cannot be said to have

rôle essentiel dans l'adoption d'un critère objectif modifié pour la *mens rea* requise dans le cas de la conduite dangereuse. La Cour a expliqué que l'exigence d'un permis influait sur la question de la *mens rea* de deux manières principales.

[30] Premièrement, puisque seuls les titulaires d'un permis sont autorisés à conduire, en règle générale, la loi peut tenir pour acquis que ceux qui conduisent en sont mentalement et physiquement capables et qu'ils connaissent la norme de diligence requise. « Dès lors », comme l'a expliqué le juge Cory, « un tribunal n'est pas tenu d'établir que l'accusé a voulu les conséquences de sa façon de conduire ou qu'il en était conscient » (p. 884). En d'autres mots, il est possible de simplement déduire la capacité et la conscience d'un conducteur à partir de l'exigence du permis.

[31] Deuxièmement, il n'y a rien d'injuste à déduire la *mens rea* requise de l'acte volontaire de conduire, parce que, comme l'a indiqué le juge Cory, « les titulaires de permis choisissent de se livrer à l'activité réglementée qu'est la conduite d'un véhicule automobile » et qu'« [i]ls assument ainsi une responsabilité envers tous les autres membres du public qui circulent sur les chemins » (p. 884). Par conséquent, ceux qui choisissent de se livrer à cette activité fondamentalement dangereuse et qui ne satisfont pas à la norme de diligence requise ne peuvent être considérés comme moralement innocents. La Cour a clarifié la façon dont on peut ainsi concilier faute objective et principes de justice fondamentale dans *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, rendu plus tard la même année. Dans cet arrêt, la Cour a confirmé que le critère objectif modifié adopté dans *Hundal* satisfaisait aussi à l'exigence minimale en matière de faute au regard de l'art. 7 de la *Charte* en ce qui concerne l'infraction d'entreposage d'armes à feu et de munitions de manière négligente. Le juge en chef Lamer s'est expliqué comme suit (p. 115) :

C'est un des préceptes de base de la justice fondamentale que l'État ne puisse pas punir les personnes moralement innocentes ni porter atteinte à leur liberté. Ceux qui ont la capacité de respecter une norme de diligence et qui ne le font pas, dans des circonstances qui mettent en jeu des activités dangereuses en soi, ne peuvent

done nothing wrong. The Law Reform Commission of Canada emphasized this point in the following passage from *Workplace Pollution*, Working Paper 53 (1986), at pp. 72-73:

> Certain kinds of activities involve the control of technology (cars, explosives, firearms) with the inherent potential to do such serious damage to life and limb that the law is justified in paying special attention to the individuals in control. Failing to act in a way which indicates respect for the inherent potential for harm of those technologies, after having voluntarily assumed control of them (no one *has* to drive, use explosives, or keep guns) is legitimately regarded as criminal. [Emphasis in original.]

[32] As we can see from this discussion, the adoption of an objective test for negligence-based offences such as dangerous operation of a motor vehicle does not obviate the *mens rea* requirement. Fault is still very much a necessary part of the equation. However, because of the licensing requirement, which "assures . . . a reasonable standard of physical health and capability, mental health and a knowledge of the reasonable standard required of all licensed drivers" (*Hundal*, at p. 888), from a logical standpoint, criminal fault can be based on the voluntary undertaking of the activity, the presumed capacity to properly do so, and the failure to meet the requisite standard of care.

3.3.2 First Modification to the Objective Test: The Marked Departure

[33] The Court in *Hundal*, however, made it clear that the requisite *mens rea* may only be found when there is a "marked departure" from the standard of care expected of a reasonable person in the circumstances of the accused. This modification to the usual civil test for negligence is mandated by the criminal setting. It is only when there is a "marked departure" that the conduct demonstrates sufficient blameworthiness to support a finding of penal

cependant pas être considérés comme n'ayant rien fait de mal. La Commission de réforme du droit du Canada a souligné ce point dans le passage suivant tiré de son document de travail 53, *La pollution en milieu de travail*, 1986, à la p. 83 :

> Certains genres d'activités supposent le contrôle d'un objet conçu par des moyens technologiques (automobiles, explosifs, armes à feu) qui peut causer, en raison de son caractère propre, une atteinte grave à l'intégrité physique. À juste titre, des dispositions spéciales visent les particuliers qui exercent leur maîtrise sur ce type d'objet. Le fait d'agir en ne se souciant pas des dangers potentiels inhérents que représentent ces objets, après s'en être assuré le contrôle (personne n'est *obligé* de conduire, d'utiliser des explosifs ni de conserver un fusil) est, à bon droit, considéré criminel. [En italique dans l'original.]

[32] On voit ainsi que l'adoption d'un critère objectif dans le cas des infractions de négligence comme la conduite dangereuse d'un véhicule à moteur n'élimine pas l'exigence de la *mens rea*. La faute demeure assurément un élément nécessaire de l'équation. Toutefois, étant donné l'obligation d'obtenir un permis de conduire, grâce à laquelle on peut être certain que tous les conducteurs ont « un niveau raisonnable de santé et de capacités physiques et de santé mentale et qu'ils connaissent la norme raisonnable à laquelle sont assujettis tous les titulaires de permis de conduire » (*Hundal*, p. 888), la faute criminelle peut, logiquement, être fondée sur l'exercice volontaire de cette activité par le conducteur concerné, sur la capacité présumée de ce dernier de l'exercer adéquatement et sur le non-respect par celui-ci de la norme de diligence requise.

3.3.2 Première modification apportée au critère objectif : l'écart marqué

[33] Dans *Hundal*, la Cour a toutefois précisé qu'il n'est possible de conclure à l'existence de la *mens rea* requise que lorsqu'il y a un « écart marqué » par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnablement prudente dans la situation de l'accusé. Cette modification du critère habituel de la négligence en matière civile s'impose dans le cadre du droit criminel. C'est uniquement lorsqu'il y a un « écart marqué » que

liability. One aspect of driving, "the automatic and reflexive nature of driving", particularly highlights the need for the "marked departure" requirement in a criminal setting. Cory J. described this aspect as follows (at pp. 884-85):

> Second, the nature of driving itself is often so routine, so automatic that it is almost impossible to determine a particular state of mind of a driver at any given moment. Driving motor vehicles is something that is familiar to most adult Canadians. It cannot be denied that a great deal of driving is done with little conscious thought. It is an activity that is primarily reactive and not contemplative. It is every bit as routine and familiar as taking a shower or going to work. Often it is impossible for a driver to say what his or her specific intent was at any moment during a drive other than the desire to go from A to B.

[34] Therefore, as noted by Cory J., the difficulty of requiring positive proof of a particular subjective state of mind lends further support to the notion that *mens rea* should be assessed by objectively measuring the driver's conduct against the standard of a reasonably prudent driver. In addition, I would note that the automatic and reflexive nature of driving gives rise to the following consideration. Because driving, in large part, is automatic and reflexive, some departures from the standard expected of a reasonably prudent person will inevitably be the product, as Cory J. states, of "little conscious thought". Even the most able and prudent driver will from time to time suffer from momentary lapses of attention. These lapses may well result in conduct that, when viewed objectively, falls below the standard expected of a reasonably prudent driver. Such automatic and reflexive conduct may even pose a danger to other users of the highway. Indeed, the facts in this case provide a graphic example. The fact that the danger may be the product of little conscious thought becomes of concern because, as McLachlin J. (as she then was) aptly put it in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at p. 59: "The law does not lightly brand a person as a

le comportement est suffisamment blâmable pour justifier une conclusion de responsabilité pénale. Un des aspects de la conduite d'un véhicule automobile, soit « la nature automatique et réactive » de cette activité, fait particulièrement ressortir la nécessité d'exiger un « écart marqué » en matière criminelle. Le juge Cory a décrit cet aspect comme suit (p. 884-885) :

> Deuxièmement, de par sa nature même, la conduite d'un véhicule automobile présente souvent un aspect habituel et automatique, à tel point en fait qu'il est presque impossible de déterminer quel pouvait être l'état d'esprit d'un conducteur à un moment donné. La plupart des adultes canadiens savent conduire. Certes, nul ne contesterait que dans une très grande mesure on conduit sans beaucoup y penser. Il s'agit d'une activité de caractère essentiellement réactif où ne joue pas la réflexion. Elle est tout aussi habituelle et familière que peut l'être le fait de prendre une douche ou de se rendre au travail. Dans bien des cas, le conducteur se trouve dans l'impossibilité de dire ce qu'a été son intention précise à un moment particulier au cours d'un voyage, si ce n'est le désir d'arriver à destination.

[34] Par conséquent, comme le signale le juge Cory, la difficulté d'exiger la preuve positive d'un état d'esprit subjectif donné vient renforcer l'idée qu'on devrait apprécier la *mens rea* en mesurant objectivement le comportement du conducteur par rapport à la norme à laquelle on s'attendrait à voir se conformer un conducteur raisonnablement prudent. J'ajouterais que la nature automatique et réactive de la conduite d'un véhicule automobile donne lieu à la considération suivante. Puisque la conduite d'un véhicule est, en grande partie, une activité de nature automatique et réactive, certains écarts par rapport à la norme qu'observerait une personne raisonnablement prudente résulteront inévitablement du fait que, pour reprendre les termes du juge Cory, on conduit « sans beaucoup y penser ». Même le conducteur le plus compétent et le plus prudent a des moments d'inattention, qui peuvent très bien donner lieu à un comportement qui, considéré objectivement, ne satisfait pas à la norme à laquelle se conformerait un conducteur raisonnablement prudent. Un tel comportement de nature automatique et réactive peut même présenter un danger pour les autres personnes qui circulent sur la route. Les faits de la présente affaire en sont d'ailleurs une

criminal." In addition to the largely automatic and reflexive nature of driving, we must also consider the fact that driving, although inherently risky, is a legal activity that has social value. If every departure from the civil norm is to be criminalized, regardless of the degree, we risk casting the net too widely and branding as criminals persons who are in reality not morally blameworthy. Such an approach risks violating the principle of fundamental justice that the morally innocent not be deprived of liberty.

triste illustration. Le fait que le danger puisse résulter d'un faible degré de réflexion consciente devient préoccupant parce que, comme la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) l'a dit avec justesse dans *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 59 : « En droit, nul n'est inconsidérément qualifié de criminel. » En plus de la nature largement automatique et réactive de la conduite d'un véhicule automobile, nous devons aussi prendre en compte le fait que conduire, même si cette activité comporte des risques inhérents, n'en est pas moins une activité légale dotée d'une valeur sociale. S'il faut considérer comme une infraction criminelle chaque écart par rapport à la norme civile, quelle qu'en soit la gravité, on risque de ratisser trop large et de qualifier de criminelles des personnes qui en réalité ne sont pas moralement blâmables. Une telle approche risque de porter atteinte au principe de justice fondamentale voulant qu'une personne moralement innocente ne doive pas être privée de sa liberté.

[35] In a civil setting, it does not matter how far the driver fell short of the standard of reasonable care required by law. The extent of the driver's liability depends not on the degree of negligence, but on the amount of damage done. Also, the mental state (or lack thereof) of the tortfeasor is immaterial, except in respect of punitive damages. In a criminal setting, the driver's mental state does matter because the punishment of an innocent person is contrary to fundamental principles of criminal justice. The degree of negligence is the determinative question because criminal fault must be based on conduct that merits punishment.

[35] Dans le cadre du droit civil, il importe peu de savoir dans quelle mesure le conducteur n'a pas respecté la norme de diligence raisonnable exigée par la loi. En effet, l'étendue de sa responsabilité ne dépend pas du degré de négligence, mais de l'étendue des dommages causés. Par ailleurs, l'état mental (ou l'absence d'état mental) de l'auteur du délit est sans importance, sauf à l'égard des dommages punitifs. Dans le cadre du droit criminel, en revanche, il faut tenir compte de l'état mental du conducteur, parce qu'il est contraire aux principes fondamentaux de justice pénale de punir une personne innocente. Le degré de négligence constitue la question déterminante, parce que la faute criminelle doit être fondée sur un comportement qui mérite d'être puni.

[36] For that reason, the objective test, as modified to suit the criminal setting, requires proof of a *marked departure* from the standard of care that a reasonable person would observe in all the circumstances. As stated earlier, it is only when there is a marked departure from the norm that objectively dangerous conduct demonstrates sufficient blameworthiness to support a finding of penal liability. With the marked departure, the act of dangerous driving is accompanied with the presence

[36] Pour cette raison, le critère objectif — tel qu'il a été modifié pour tenir compte du contexte du droit criminel — exige la preuve d'un *écart marqué* par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans les circonstances. Comme nous l'avons vu, ce n'est que lorsqu'il y a un écart marqué par rapport à la norme que le comportement objectivement dangereux s'avère suffisamment blâmable pour justifier une conclusion de responsabilité pénale. Lorsqu'il y a un tel

of sufficient *mens rea* and the offence is made out. The Court, however, added a second important qualification to the objective test — the allowance for exculpatory defences.

3.3.3 Second Modification to the Objective Test: The Allowance for Exculpatory Defences

[37] The underlying premise for finding fault based on objectively dangerous conduct that constitutes a marked departure from the norm is that a reasonable person in the position of the accused would have been aware of the risk posed by the manner of driving and would not have undertaken the activity. However, there will be circumstances where this underlying premise cannot be sustained because a reasonable person in the position of the accused would not have been aware of the risk or, alternatively, would not have been able to avoid creating the danger. Of course, it is not open to the driver to simply say that he or she gave no thought to the manner of driving because the fault lies in the failure to bring to the dangerous activity the expected degree of thought and attention that it required. As Cory J. explained (at p. 885 of *Hundal*):

> It would be a denial of common sense for a driver, whose conduct was objectively dangerous, to be acquitted on the ground that he was not thinking of his manner of driving at the time of the accident.

However, because the accused's mental state is relevant in a criminal setting, the objective test must be modified to give the accused the benefit of any reasonable doubt about whether the reasonable person would have appreciated the risk or could and would have done something to avoid creating the danger. On these occasions, even when the manner of driving viewed objectively will clearly be dangerous, the accused cannot be convicted. Cory J., in *Hundal*, gave some useful examples (at p. 887):

> Take for example a driver who, without prior warning, suffers a totally unexpected heart attack, epileptic

écart, l'acte de la conduite dangereuse est alors concomitant avec la présence d'une *mens rea* suffisante et l'infraction est établie. La Cour a toutefois apporté une seconde modification au critère objectif — l'autorisation des moyens de défense disculpatoires.

3.3.3 Deuxième modification apportée au critère objectif : l'autorisation des moyens de défense disculpatoires

[37] La prémisse permettant de conclure à une faute en raison d'un comportement objectivement dangereux constituant un écart marqué par rapport à la norme est la suivante : une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé aurait été consciente du risque créé par la façon de conduire en question et ne se serait pas livrée à l'activité. Il y aura cependant des cas où cette prémisse ne peut pas être invoquée parce qu'une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé n'aurait pas été consciente du risque, ou alors n'a pas été en mesure d'éviter de créer le danger. Naturellement, le conducteur ne peut pas se contenter de dire qu'il ne pensait pas à sa façon de conduire, puisque la faute réside dans le fait de ne pas accorder à l'activité dangereuse le degré de pensée et d'attention nécessaire. Comme l'a expliqué le juge Cory (à la p. 885 de l'arrêt *Hundal*) :

> Il serait contraire au bon sens d'acquitter, au motif qu'il ne pensait pas lors de l'accident à sa façon de conduire, un conducteur qui a agi d'une manière objectivement dangereuse.

Toutefois, comme l'état mental de l'accusé est pertinent dans une affaire criminelle, il faut modifier le critère objectif pour accorder à l'accusé le bénéfice de tout doute raisonnable relatif à la question de savoir si une personne raisonnable aurait apprécié le risque ou encore aurait pu faire quelque chose pour éviter de créer le danger et l'aurait fait. Lorsqu'il existe un tel doute, l'accusé ne saurait être déclaré coupable, même si, considérée objectivement, sa façon de conduire était manifestement dangereuse. Dans *Hundal*, le juge Cory a donné quelques exemples utiles (p. 887) :

> Prenons par exemple, le conducteur qui, tout à fait soudainement, souffre d'une crise cardiaque, d'une

seizure or detached retina. As a result of the sudden onset of a disease or physical disability the manner of driving would be dangerous yet those circumstances could provide a complete defence despite the objective demonstration of dangerous driving. Similarly, a driver who, in the absence of any warning or knowledge of its possible effects, takes a prescribed medication which suddenly and unexpectedly affects the driver in such a way that the manner of driving was dangerous to the public, could still establish a good defence to the charge although it had been objectively established.

[38] We can readily appreciate the injustice of branding the driver in each of these examples as a criminal. In the same vein, a reasonably held mistake of fact may provide a complete defence if, based on the accused's reasonable perception of the facts, the conduct measured up to the requisite standard of care. It is therefore important to apply the modified objective test in the context of the events surrounding the incident. In *Tutton*, McIntyre J. provided the following useful example in the context of a criminal negligence charge (at p. 1432, repeated in *Hundal*, at pp. 887-88):

If an accused under s. 202 has an honest and reasonably held belief in the existence of certain facts, it may be a relevant consideration in assessing the reasonableness of his conduct. For example, a welder, who is engaged to work in a confined space believing on the assurance of the owner of the premises that no combustible or explosive material is stored nearby, should be entitled to have his perception, as to the presence or absence of dangerous materials, before the jury on a charge of manslaughter when his welding torch causes an explosion and a consequent death.

[39] It is important however not to confuse the personal characteristics of the accused with the context of the events surrounding the incident. In the course of the earlier debate on whether to adopt a subjective or objective test, Lamer J. favoured an objective approach but, in an attempt to alleviate its potential harshness, he would have made generous allowances for factors particular to the accused, such as youth, mental development and education: see for example, *Tutton*, at p. 1434. Under

attaque d'épilepsie ou d'un détachement de la rétine. À la suite de cette maladie ou de cette incapacité physique soudaine, il conduira de façon dangereuse, mais ces circonstances pourraient constituer un moyen de défense complet malgré la démonstration objective de la conduite dangereuse. De même, un conducteur qui, sans en connaître les effets possibles et sans en avoir été averti, prend des médicaments qui lui ont été prescrits et qui, soudainement, l'affectent de manière à rendre dangereuse sa façon de conduire, pourrait également faire valoir avec succès un moyen de défense, bien que l'infraction ait été objectivement établie.

[38] On constate aisément qu'il serait injuste de qualifier le conducteur de criminel dans chacun de ces exemples. Dans le même ordre d'idées, une erreur de fait raisonnable peut constituer un moyen de défense suffisant si, compte tenu de la perception raisonnable des faits par l'accusé, son comportement était conforme à la norme de diligence requise. Il est donc important d'appliquer le critère objectif modifié dans le contexte des événements entourant l'incident. Dans *Tutton*, le juge McIntyre a donné l'exemple suivant à propos d'une accusation de négligence criminelle (à la p. 1432, exemple repris dans *Hundal*, p. 887-888) :

Si un accusé aux termes de l'art. 202 a une croyance sincère et raisonnablement entretenue en l'existence de certains faits, cela peut être une considération pertinente quant à l'appréciation du caractère raisonnable de sa conduite. Prenons par exemple un soudeur engagé pour travailler dans un espace restreint, et qui se fie à la parole du propriétaire des lieux qu'aucune matière combustible ou explosive ne se trouve à proximité; lorsque son chalumeau provoque une explosion qui entraîne la mort d'une personne et qu'il est accusé d'homicide involontaire coupable, il devrait pouvoir faire part au jury de sa perception quant à la présence ou l'absence de matières dangereuses là où il travaillait.

[39] Il importe par contre de ne pas confondre les caractéristiques personnelles de l'accusé avec le contexte des événements entourant l'incident. Dans le cadre du débat antérieur sur l'opportunité d'adopter un critère subjectif ou objectif, le juge Lamer s'est prononcé en faveur de l'approche objective, mais, soucieux d'atténuer la sévérité potentielle de ce critère, il aurait tenu largement compte de facteurs propres à l'accusé, par exemple sa jeunesse, son développement intellectuel et

this approach, the young and inexperienced driver's conduct would be measured against the standard expected of a reasonably prudent but young and inexperienced driver. This approach, however, was not favoured by other members of the Court. As Wilson J. stated in *Tutton*, this individualized approach "sets out a fluctuating standard which in my view undermines the principles of equality and individual responsibility which should pervade the criminal law" (p. 1418).

[40] Some of the language used in *Hundal* nonetheless left uncertainty about the degree to which personal characteristics could form part of the circumstances which must be taken into account in applying the modified objective test. (See for example the references to "certain personal factors" at p. 883 and to "human frailties" at p. 887.) This remaining uncertainty was later resolved in *Creighton*. Short of incapacity to appreciate the risk or incapacity to avoid creating it, personal attributes such as age, experience and education are not relevant. The standard against which the conduct must be measured is always the same — it is the conduct expected of the reasonably prudent person in the circumstances. The reasonable person, however, must be put in the *circumstances* the accused found himself in when the events occurred in order to assess the reasonableness of the conduct. To reiterate the example used above, the reasonable person becomes the one who "without prior warning, suffers a totally unexpected heart attack, epileptic seizure or detached retina" or becomes the one who "in the absence of any warning or knowledge of its possible effects, takes a prescribed medication which suddenly and unexpectedly" causes him to drive in a manner that is dangerous to the public. By so placing the reasonable person, the test is not personalized and the standard remains that of a reasonably prudent driver, but it is appropriately contextualized.

son niveau d'instruction : voir, par exemple, *Tutton*, p. 1434. Suivant cette approche, le comportement du jeune conducteur inexpérimenté serait apprécié par rapport à la norme que respecterait un conducteur raisonnablement prudent, mais par ailleurs jeune et inexpérimenté. Ce critère n'a cependant pas recueilli l'adhésion d'autres juges de la Cour. Dans *Tutton*, la juge Wilson a exprimé l'avis que cette approche individualisée « crée une norme fluctuante qui [. . .] sape les principes d'égalité et de responsabilité individuelle qui doivent prévaloir en droit criminel » (p. 1418).

[40] Certains passages de l'arrêt *Hundal* avaient néanmoins laissé subsister une incertitude quant à la mesure dans laquelle les caractéristiques personnelles font partie des circonstances à prendre en considération dans l'application du critère objectif modifié. (Voir, par exemple, les références à « certains facteurs personnels » à la p. 883 et aux « défaillances humaines » à la p. 887.) Cette incertitude a par la suite été dissipée dans *Creighton*. Sauf incapacité d'apprécier le risque ou incapacité d'éviter de le créer, les qualités personnelles telles que l'âge, l'expérience et le niveau d'instruction ne sont pas pertinentes. La norme par rapport à laquelle le comportement doit être apprécié reste toujours la même — il s'agit du comportement auquel on s'attend de la part d'une personne raisonnablement prudente dans les circonstances. Il faut toutefois, pour apprécier le caractère raisonnable du comportement, placer la personne raisonnable dans les *circonstances* où se trouvait l'accusé lorsque les événements se sont produits. Pour reprendre l'exemple utilisé précédemment, la personne raisonnable devient celle qui « tout à fait soudainement, souffre d'une crise cardiaque, d'une attaque d'épilepsie ou d'un détachement de la rétine » ou encore celle qui, « sans en connaître les effets possibles et sans en avoir été averti[e], prend des médicaments qui lui ont été prescrits et qui, soudainement », l'amènent à conduire de façon dangereuse pour le public. Quand on place ainsi la personne raisonnable dans les mêmes circonstances que l'accusé, le critère n'est pas personnalisé et la norme demeure celle d'un conducteur raisonnablement prudent, mais elle est correctement mise en contexte.

3.4 *Restatement of the Test in Hundal*

[41] In *Hundal*, Cory J. summarized the analytical framework for applying the modified objective test in the following oft-quoted passage (at pp. 888-89):

> It follows then that a trier of fact may convict if satisfied beyond a reasonable doubt that, viewed objectively, the accused was, in the words of the section, driving in a manner that was "dangerous to the public, having regard to all the circumstances, including the nature, condition and use of such place and the amount of traffic that at the time is or might reasonably be expected to be on such place". In making the assessment, the trier of fact should be satisfied that the conduct amounted to a marked departure from the standard of care that a reasonable person would observe in the accused's situation.
>
> Next, if an explanation is offered by the accused, such as a sudden and unexpected onset of illness, then in order to convict, the trier of fact must be satisfied that a reasonable person in similar circumstances ought to have been aware of the risk and of the danger involved in the conduct manifested by the accused.

[42] In reviewing a number of cases that have applied this test, I have observed two common difficulties. First, there appears to be some confusion on the distinction, if any, between "objectively dangerous driving" on one hand, and a "marked departure from the standard of care" on the other. This difficulty is quite understandable because some departures from the reasonable standard of care may not be "marked" or "significant" but are nonetheless undeniably dangerous. As we shall see, this case is one example. Second, there appears to be much uncertainty in the case law on how to deal with evidence about the accused's mental state. In particular, when is evidence about the accused's actual mental state relevant? Is it relevant in determining whether the conduct constitutes a "marked departure" from the norm or, as the courts below in this case have done, should it be considered only as part of a distinct analysis on potential exculpatory defences?

3.4 *Reformulation du critère énoncé dans Hundal*

[41] Dans un passage souvent cité de l'arrêt *Hundal* (p. 888-889), le juge Cory a résumé le cadre analytique pour l'application du critère objectif modifié :

> Il s'ensuit donc que le juge des faits peut conclure à la culpabilité s'il est convaincu hors de tout doute raisonnable que, du point de vue objectif, l'accusé, pour reprendre les termes de l'article en cause, conduisait « d'une façon dangereuse pour le public, compte tenu de toutes les circonstances y compris la nature et l'état de cet endroit, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible à cet endroit ». En faisant l'appréciation, le juge des faits doit être convaincu qu'il s'agit d'un comportement qui représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la situation de l'accusé.
>
> Ensuite, si l'accusé offre une explication, par exemple, une maladie soudaine et imprévue, il faut alors pour qu'il y ait déclaration de culpabilité que le juge des faits soit convaincu qu'une personne raisonnable dans des circonstances analogues aurait dû être consciente du risque et du danger inhérents au comportement de l'accusé.

[42] En examinant un certain nombre de décisions dans lesquelles ce critère a été appliqué, j'ai relevé deux difficultés communes. D'abord, il semble y avoir une certaine confusion à propos de la possible distinction entre la « conduite objectivement dangereuse » d'une part et l'« écart marqué par rapport à la norme » d'autre part. Cette difficulté est tout à fait compréhensible, puisqu'il est possible que certains écarts par rapport à la norme de diligence raisonnable ne soient pas « marqués » ou « importants », mais qu'ils soient néanmoins indéniablement dangereux. Comme nous le verrons, la présente affaire en donne un exemple. Ensuite, il semble y avoir une grande incertitude dans la jurisprudence sur la façon d'aborder la preuve relative à l'état mental de l'accusé. En particulier, à quelle étape cette preuve est-elle pertinente? Est-elle pertinente lorsqu'il s'agit de décider si le comportement constitue un « écart marqué » par rapport à la norme, ou doit-elle être considérée seulement dans le cadre d'une analyse distincte des moyens de défense disculpatoires possibles, comme l'ont fait en l'espèce les tribunaux inférieurs?

[43] As we have seen, the requisite *mens rea* for the offence of dangerous driving was the sole issue before the Court in *Hundal*, and the test was expressed accordingly. In order to clarify the uncertainties I have mentioned, it may assist to restate the summary of the test in terms of both the *actus reus* and the *mens rea* of the offence. I respectfully disagree with the Chief Justice that the test for the *actus reus* is defined in terms of a marked departure from the normal manner of driving (para. 67). The *actus reus* must be defined, rather, by the words of the enactment. Of course, conduct that is found to depart markedly from the norm remains necessary to make out the offence because nothing less will support the conclusion that the accused acted with sufficient blameworthiness, in other words with the requisite *mens rea*, to warrant conviction. In addition, it may be useful to keep in mind that while the modified objective test calls for an objective assessment of the accused's manner of driving, evidence about the accused's actual state of mind, if any, may also be relevant in determining the presence of *sufficient mens rea*. I would therefore restate the test reproduced above as follows:

(a) The *Actus Reus*

The trier of fact must be satisfied beyond a reasonable doubt that, viewed objectively, the accused was, in the words of the section, driving in a manner that was "dangerous to the public, having regard to all the circumstances, including the nature, condition and use of the place at which the motor vehicle is being operated and the amount of traffic that at the time is or might reasonably be expected to be at that place".

(b) The *Mens Rea*

The trier of fact must also be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused's objectively dangerous conduct was accompanied by the required

[43] Comme nous l'avons vu, la *mens rea* requise à l'égard de l'infraction de conduite dangereuse était la seule question dont la Cour était saisie dans *Hundal*, et c'est dans ce contexte que le critère a été énoncé. Il pourrait s'avérer utile, pour dissiper les incertitudes que je viens d'évoquer, de reformuler les grandes lignes du critère sous l'angle à la fois de l'*actus reus* et de la *mens rea* de l'infraction. Je ne peux malheureusement souscrire à l'opinion de la Juge en chef selon laquelle le critère de détermination de l'*actus reus* se définit en termes d'écart marqué par rapport à la façon normale de conduire (par. 67). L'*actus reus* doit plutôt être défini au moyen des termes du texte de loi pertinent. Il va de soi que l'existence d'une conduite qui est jugée par le tribunal constituer un écart marqué par rapport à la norme demeure nécessaire pour établir l'infraction, car seule cette preuve permettra d'étayer la conclusion que l'accusé a agi avec le degré de culpabilité morale suffisant, en d'autres mots avec la *mens rea* requise, pour justifier une déclaration de culpabilité. De plus, il est sans doute opportun de se rappeler que, bien que le critère objectif modifié suppose une appréciation objective de la façon de conduire de l'accusé, la preuve relative à l'état d'esprit véritable de ce dernier, si une telle preuve existe, peut elle aussi s'avérer pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer la présence d'une *mens rea suffisante*. Je reformulerais donc le critère reproduit ci-haut comme suit :

a) L'*actus reus*

Le juge des faits doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que, du point de vue objectif, l'accusé, suivant les termes de la disposition concernée, conduisait « d'une façon dangereuse pour le public, eu égard aux circonstances, y compris la nature et l'état du lieu, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible dans ce lieu ».

b) La *mens rea*

Le juge des faits doit également être convaincu, hors de tout doute raisonnable, que le comportement objectivement dangereux de l'accusé était

mens rea. In making the objective assessment, the trier of fact should be satisfied on the basis of all the evidence, including evidence about the accused's actual state of mind, if any, that the conduct amounted to a marked departure from the standard of care that a reasonable person would observe in the accused's circumstances. Moreover, if an explanation is offered by the accused, then in order to convict, the trier of fact must be satisfied that a reasonable person in similar circumstances ought to have been aware of the risk and of the danger involved in the conduct manifested by the accused.

[44] I wish to elaborate on certain aspects of this test before applying it to the facts of this case.

3.4.1 Determining the *Actus Reus*

[45] I deal firstly with the *actus reus*. The offence is defined by the words of the legislative provision, not by the common law standard for civil negligence. In order to determine the *actus reus*, the conduct must therefore be measured as against the wording of s. 249. Although the offence is negligence-based, this is an important distinction. As we have seen, conduct that constitutes dangerous operation of a motor vehicle as defined under s. 249 will necessarily fall below the standard expected of a reasonably prudent driver. The converse however is not necessarily true — not all negligent driving will constitute dangerous operation of a motor vehicle. If the court is satisfied beyond a reasonable doubt that the manner of driving was dangerous to the public within the meaning of s. 249, the *actus reus* of the offence has been made out. Nothing is gained by adding to the words of s. 249 at this stage of the analysis.

[46] As the words of the provision make plain, it is the *manner* in which the motor vehicle was operated that is at issue, not the consequence of the driving. The consequence, as here where death was caused, may make the offence a more serious one under s. 249(4), but it has no bearing on the question whether the offence of dangerous operation of a motor vehicle has been made out or not.

accompagné de la *mens rea* requise. Dans son appréciation, le juge des faits doit être convaincu, à la lumière de l'ensemble de la preuve, y compris la preuve relative à l'état d'esprit véritable de l'accusé, si une telle preuve existe, que le comportement en cause constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence raisonnable que respecterait une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé. En outre, si l'accusé offre une explication, il faut alors, pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, que le juge des faits soit convaincu qu'une personne raisonnable dans des circonstances analogues aurait dû être consciente du risque et du danger inhérents au comportement de l'accusé.

[44] Je voudrais apporter des précisions sur certains aspects de ce critère avant de l'appliquer aux faits de l'espèce.

3.4.1 Détermination de l'*actus reus*

[45] Je me pencherai en premier lieu sur l'*actus reus*. L'infraction est définie par le texte de la disposition législative, et non par la norme de la common law en matière de négligence civile. Pour déterminer l'*actus reus*, il faut donc apprécier la conduite au regard du texte de l'art. 249. Bien qu'il s'agisse d'une infraction de négligence, cette distinction est importante. Comme nous l'avons vu, un comportement qui constitue une conduite dangereuse au sens de l'art. 249 dérogera nécessairement à la norme que respecterait un conducteur raisonnablement prudent. Mais l'inverse n'est pas nécessairement vrai — une conduite négligente ne constitue pas toujours une conduite dangereuse. Si le tribunal est convaincu hors de tout doute raisonnable que la façon de conduire était dangereuse pour le public au sens de l'art. 249, l'*actus reus* de l'infraction est établi. À cette étape de l'analyse, il est inutile d'ajouter quoi que ce soit au texte de l'art. 249.

[46] Comme l'indiquent clairement les termes de la disposition, c'est la *façon* de conduire le véhicule à moteur qui est en cause, et non la conséquence de cette conduite. La conséquence — par exemple des décès, comme en l'espèce — peut entraîner l'infraction plus grave prévue au par. 249(4), mais elle n'a aucune incidence sur la question de savoir si l'infraction de conduite dangereuse a été établie ou

Again, this is also an important distinction. If the focus is improperly placed on the consequence, it almost begs the question to then ask whether an act that killed someone was dangerous. The court must not leap to its conclusion about the manner of driving based on the consequence. There must be a meaningful inquiry into the manner of driving. The consequence, of course, may assist in assessing the risk involved, but it does not answer the question whether or not the vehicle was operated in a manner dangerous to the public. This Court explained this distinction in *R. v. Anderson*, [1990] 1 S.C.R. 265, as follows:

> In the circumstances of this case, the unfortunate fact that a person was killed added nothing to the conduct of the appellant. The degree of negligence proved against the appellant by means of the evidence that he drove after drinking and went through a red light was not increased by the fact that a collision occurred and death resulted. If driving and drinking and running a red light was not a marked departure from the standard, it did not become so because a collision occurred. In some circumstances, perhaps, the actions of the accused and the consequences flowing from them may be so interwoven that the consequences may be relevant in characterizing the conduct of the accused. That is not the case here. [Emphasis added; p. 273.]

3.4.2 Determining the *Mens Rea*

[47] In determining the question of *mens rea*, the court should consider the totality of the evidence, including evidence, if any, about the accused's actual state of mind. As discussed at length above, the *mens rea* requirement for the offence of dangerous driving will be satisfied by applying a modified objective test. This means that, unlike offences that can only be committed if the accused possesses a subjective form of *mens rea*, it is not necessary for the Crown to prove that the accused had a positive state of mind, such as intent, recklessness or wilful blindness. Of course, this does not mean that the actual state of mind of the accused is irrelevant. For example, if proof is made that a driver purposely drove into the path of an oncoming vehicle in an intentionally dangerous manner for the purpose of scaring the passengers of that

pas. Il s'agit là encore d'une distinction importante. Si l'accent est mis indûment sur la conséquence, il devient alors presque superflu de se demander si un acte ayant causé la mort était dangereux. Le tribunal ne doit pas tirer de conclusion hâtive au sujet de la façon de conduire en se fondant sur la conséquence. Il doit procéder à un examen sérieux de la façon de conduire. Il va de soi que la conséquence peut aider à apprécier le risque en cause, mais elle ne permet pas de déterminer si le véhicule a été conduit d'une façon dangereuse pour le public. La Cour a expliqué cette distinction dans *R. c. Anderson*, [1990] 1 R.C.S. 265, de la façon suivante :

> Dans les circonstances de la présente affaire, le fait qu'une personne a malheureusement été tuée n'ajoute rien à la conduite de l'appelant. Le degré de négligence de l'appelant démontré par la preuve qu'il a conduit après avoir bu et qu'il a brûlé un feu rouge n'est pas augmenté par le fait qu'il y a eu une collision causant mort d'homme. Si le fait de conduire en état d'ébriété et de brûler un feu rouge ne constituait pas une dérogation marquée à la norme, il n'en devenait pas une parce qu'une collision est survenue. Dans certaines circonstances, peut-être, les actes de l'accusé et les conséquences qui en découlent peuvent être à ce point interreliés que les conséquences peuvent être pertinentes pour ce qui est de qualifier sa conduite. Ce n'est pas le cas ici. [Je souligne; p. 273.]

3.4.2 Détermination de la *mens rea*

[47] Pour arriver à une conclusion sur la *mens rea*, le tribunal doit prendre en compte l'ensemble de la preuve, y compris la preuve de l'état mental de l'accusé, si une telle preuve existe. Comme je l'ai longuement expliqué plus haut, l'application d'un critère objectif modifié permet de satisfaire à l'exigence de la *mens rea* dans le cas de l'infraction de conduite dangereuse. Autrement dit, le ministère public n'est pas tenu, comme pour les infractions que l'accusé peut commettre seulement s'il a une forme subjective de *mens rea*, de prouver que celui-ci avait un état d'esprit positif tel l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire. Bien entendu, cela ne veut pas dire que l'état d'esprit véritable de l'accusé soit sans pertinence. Par exemple, si on fait la preuve qu'un conducteur a délibérément bifurqué dans la voie d'un véhicule

vehicle or impressing someone in his own vehicle with his bravado, the requirement of *mens rea* will easily be met. One way of looking at it is to say that the subjective *mens rea* of intentionally creating a danger for other users of the highway within the meaning of s. 249 of the *Criminal Code* constitutes a "marked departure" from the standard expected of a reasonably prudent driver. Doherty J.A. similarly equates such deliberate action with a "marked and substantial" departure from the norm in the context of a criminal negligence charge in *R. v. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60 (Ont. C.A.), where he states, at para. 32:

I think the appellant's conduct during the two or three seconds in issue could only reasonably be said to constitute a marked and substantial departure from the conduct expected of a reasonable driver if the appellant deliberately jerked the steering wheel to cause the vehicle to swerve, presumably to either show off or frighten his young passengers. If that finding was reasonably open on the evidence, then the appellant could properly have been convicted of criminal negligence, as he was unable to regain control of the vehicle before it crossed the median and collided with the westbound vehicle. As indicated, I read the trial judge as making that finding. With respect, I do not think that finding was reasonably available on the totality of the evidence.

I agree with the Chief Justice (at para. 75) that the analysis in *Willock* does not have the effect of imposing on the Crown the burden of proving the subjective intention of the accused in order to make out the offence. Doherty J.A. specifically held at para. 31 that "conduct occurring in a two to three second interval can amount to a marked departure from the standard of a reasonable person and demonstrate a wanton or reckless disregard for the life or safety of others". Doherty J.A. simply recognizes, as I do, that evidence about the actual intention of

circulant en direction inverse, d'une façon intentionnellement dangereuse, dans le but d'effrayer les passagers de ce véhicule ou d'impressionner par sa bravade une personne se trouvant dans son propre véhicule, l'exigence de la *mens rea* sera aisément remplie. Une façon de considérer la chose serait de dire que la *mens rea* subjective de l'acte consistant à créer intentionnellement un danger pour les autres usagers de la route au sens de l'art. 249 du *Code criminel* consiste en un « écart marqué » par rapport à la norme à laquelle on s'attendrait à voir se conformer un conducteur raisonnablement prudent. Le juge Doherty a assimilé ainsi une telle action délibérée à un écart « marqué et important » par rapport à la norme dans le contexte d'une accusation de négligence criminelle, dans *R. c. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60 (C.A. Ont.), où il a dit ceci, au par. 32 :

[TRADUCTION] Je pense qu'on ne pourrait raisonnablement affirmer que le comportement de l'appelant, pendant les deux ou trois secondes en cause, constituait un écart marqué et important par rapport au comportement auquel on s'attendrait de la part d'un conducteur raisonnable, que si l'appelant avait délibérément donné un brusque coup de volant afin de faire faire une embardée au véhicule, sans doute pour en mettre plein la vue à ses jeunes passagers ou pour les effrayer. S'il avait été possible de tirer raisonnablement cette conclusion de la preuve, l'appelant aurait pu légitimement être déclaré coupable de négligence criminelle, vu son incapacité à conserver la maîtrise du véhicule avant que celui-ci franchisse la ligne médiane et entre en collision avec le véhicule circulant vers l'ouest. Comme je l'ai indiqué, j'estime, à la lecture de ses motifs, que le juge du procès a tiré cette conclusion. Or pour ma part, je ne pense pas que cette conclusion pouvait raisonnablement être tirée eu égard à l'ensemble de la preuve.

Je partage l'avis exprimé par la Juge en chef (au par. 75) que l'analyse énoncée dans l'arrêt *Willock* n'a pas pour effet d'imposer au ministère public le fardeau de prouver que l'accusé avait l'intention subjective de commettre l'infraction pour établir le bien-fondé de l'accusation. Le juge d'appel Doherty a expressément conclu, au par. 31, qu'un [TRADUCTION] « comportement durant deux ou trois secondes peut constituer un écart marqué par rapport à la norme que respecterait une personne raisonnable et démontrer une insouciance déréglée

an accused is relevant to a court's objective assessment of whether or not conduct constitutes a marked departure from the norm.

[48] However, subjective *mens rea* of the kind I have just described need not be proven to make out the offence because the mischief Parliament sought to address in enacting s. 249 encompasses a wider range of behaviour. Therefore, while proof of subjective *mens rea* will clearly suffice, it is not essential. In the case of negligence-based offences such as this one, doing the proscribed act with the absence of the appropriate mental state of care may instead suffice to constitute the requisite fault. The presence of objective *mens rea* is determined by assessing the dangerous conduct as against the standard expected of a reasonably prudent driver. If the dangerous conduct constitutes a "marked departure" from that norm, the offence will be made out. As stated earlier, what constitutes a "marked departure" from the standard expected of a reasonably prudent driver is a matter of degree. The lack of care must be serious enough to merit punishment. There is no doubt that conduct occurring in a few seconds can constitute a marked departure from the standard of a reasonable person. Nonetheless, as Doherty J.A. aptly remarked in *Willock*, "conduct that occurs in such a brief timeframe in the course of driving, which is otherwise proper in all respects, is more suggestive of the civil rather than the criminal end of the negligence continuum" (para. 31). Although *Willock* concerned the offence of criminal negligence, an offence which is higher on the continuum of negligent driving, this observation is equally apt with respect to the offence of dangerous operation of a motor vehicle.

ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui ». Le juge Doherty reconnaît ainsi tout simplement, comme je le fais moi-même, que la preuve touchant l'intention véritable d'un accusé est pertinente pour l'appréciation objective par le tribunal de la question de savoir si un comportement constitue ou non un écart marqué par rapport à la norme.

[48] Toutefois, il n'est pas nécessaire de prouver une *mens rea* subjective du type que je viens de décrire pour établir l'infraction, puisque la faute que visait le législateur en adoptant l'art. 249 englobe une gamme plus étendue de comportements. Par conséquent, bien que la preuve de la *mens rea* subjective soit clairement suffisante, elle n'est pas essentielle. Dans le cas d'infractions de négligence comme celle qui nous intéresse, le fait de commettre l'acte interdit, en l'absence de l'état mental de diligence approprié, peut en effet suffire pour constituer la faute requise. On détermine la présence d'une *mens rea* objective en appréciant le comportement dangereux par rapport à la norme que respecterait une personne raisonnablement prudente. Si le comportement dangereux constitue un « écart marqué » par rapport à cette norme, l'infraction sera établie. Comme nous l'avons vu, ce qui constitue un « écart marqué » par rapport à la norme que respecterait un conducteur raisonnablement prudent est une affaire de degré. Le manque de diligence doit être suffisamment grave pour mériter d'être puni. Il n'y a aucun doute qu'un comportement de quelques secondes peut constituer un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable. Néanmoins, comme l'a souligné avec justesse le juge Doherty dans l'arrêt *Willock*, [TRADUCTION] « un comportement de si courte durée se produisant pendant la conduite d'un véhicule, conduite par ailleurs irréprochable à tous égards, suggère davantage l'extrémité civile que l'extrémité criminelle du continuum de la négligence » (par. 31). Bien que l'affaire *Willock* concerne l'infraction de négligence criminelle, qui se situe à un point plus élevé sur le continuum de la conduite négligente, cette observation s'applique tout autant à l'infraction de conduite dangereuse.

[49] If the conduct does not constitute a marked departure from the standard expected of a reasonably prudent driver, there is no need to pursue the analysis. The offence will not have been made out. If, on the other hand, the trier of fact is convinced beyond a reasonable doubt that the objectively dangerous conduct constitutes a marked departure from the norm, the trier of fact must consider evidence about the actual state of mind of the accused, if any, to determine whether it raises a reasonable doubt about whether a reasonable person in the accused's position would have been aware of the risk created by this conduct. If there is no such evidence, the court may convict the accused.

4. Application to this Case

[50] First, did Mr. Beatty commit the *actus reus* of the offence? Did he operate his motor vehicle "in a manner that is dangerous to the public, having regard to all the circumstances, including the nature, condition and use of the place at which the motor vehicle is being operated and the amount of traffic that at the time is or might reasonably be expected to be at that place"? I repeat here the Court of Appeal's analysis of the circumstances for convenience:

> However, the evidence showed that there was only one lane for travel in each direction, the traffic was proceeding at or near the posted speed limit of 90 kilometres per hour, the highway was well-travelled, there was limited visibility approaching the curve, and the collision occurred within a split second of the respondent's crossing onto the oncoming lane of traffic.
>
> Viewed objectively, the respondent's failure to confine his vehicle to its own lane of travel was in "all the circumstances" highly dangerous to other persons lawfully using the highway, and in particular those approaching in a westerly direction on their own side of the road. [paras. 23-24]

[51] Up to this point in the analysis, I would agree with the Court of Appeal. In all the circumstances, Mr. Beatty's failure to confine his vehicle to his own lane of traffic was dangerous to other users

[49] Si le comportement ne constitue pas un écart marqué par rapport à la norme que respecterait un conducteur raisonnablement prudent, il n'est pas nécessaire de poursuivre l'analyse. L'infraction n'aura pas été établie. En revanche, si le juge des faits est convaincu, hors de tout doute raisonnable, que la conduite objectivement dangereuse constitue un écart marqué par rapport à la norme, il devra considérer la preuve relative à l'état d'esprit véritable de l'accusé — si une telle preuve a été présentée — pour déterminer si elle permet de douter raisonnablement qu'une personne raisonnable, placée dans la même situation que l'accusé, aurait été consciente du risque créé par ce comportement. En l'absence d'une telle preuve, le tribunal pourra déclarer l'accusé coupable.

4. Application aux faits de l'espèce

[50] D'abord, M. Beatty a-t-il commis l'*actus reus* de l'infraction? A-t-il conduit son véhicule à moteur « d'une façon dangereuse pour le public, eu égard aux circonstances, y compris la nature et l'état du lieu, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible dans ce lieu »? Je reproduis ici, par commodité, l'analyse des circonstances faite par la Cour d'appel :

> [TRADUCTION] Toutefois, la preuve a montré qu'il y avait une seule voie dans chaque direction, que les véhicules roulaient à la vitesse limite affichée de 90 kilomètres à l'heure ou à peu près, que la route était très fréquentée, que la visibilité était réduite à l'approche du virage et que la collision est survenue une fraction de seconde après que l'intimé s'est retrouvé dans la voie inverse.
>
> Considéré objectivement, le fait que l'intimé n'a pas maintenu son véhicule dans sa voie était « eu égard aux circonstances » très dangereux pour les autres personnes circulant légalement sur la route, et en particulier pour celles qui approchaient, en direction ouest, de leur propre côté de la route. [par. 23-24]

[51] À ce stade de l'analyse, je suis d'accord avec la Cour d'appel. Eu égard aux circonstances, le fait que M. Beatty n'a pas maintenu son véhicule dans sa voie était dangereux pour les autres usagers de

of the highway. Further, no suggestion was made at trial that Mr. Beatty was in a state of non-insane automatism at the time. However, this conclusion only answers the *actus reus* part of the offence. The more difficult question is whether Mr. Beatty had the necessary *mens rea*. There is no evidence here of any deliberate intention to create a danger for other users of the highway that could provide an easy answer to that question. Indeed, the limited evidence that was adduced about the actual state of mind of the driver suggested rather that the dangerous conduct was due to a momentary lapse of attention. Hence, the trial judge was correct in finding that the question of *mens rea* in this case turns on whether Mr. Beatty's manner of driving, viewed on an objective basis, constitutes a marked departure from the norm.

[52] In my respectful view, the Court of Appeal erred in faulting the trial judge for addressing her attention to Mr. Beatty's "momentary lack of attention" and his "few seconds of lapsed attention". The trial judge appropriately focussed her analysis on Mr. Beatty's manner of driving in all the circumstances. She noted that there was no evidence of improper driving before the truck momentarily crossed the centre line and that the "few seconds of clearly negligent driving" was the only evidence about his manner of driving (para. 36). She appropriately considered the totality of the evidence in finding that "the only reasonable inference" was that "he experienced a loss of awareness" that caused him to drive straight instead of following the curve in the road (para. 36). In her view, this momentary lapse of attention was insufficient to found criminal culpability. She concluded that there was "insufficient evidence to support a finding of a *marked* departure from the standard of care of a prudent driver" (para. 37).

[53] Based on the totality of the evidence, I see no reason to interfere with the trial judge's assessment

la route. De plus, on n'a pas plaidé lors du procès que M. Beatty était dans un état d'automatisme sans aliénation mentale au moment de l'accident. Toutefois, cette conclusion porte seulement sur le volet *actus reus* de l'infraction. La question de savoir si M. Beatty avait la *mens rea* nécessaire est plus difficile à trancher. Il n'y a en l'espèce aucune preuve démontrant la moindre intention délibérée de créer un danger pour les autres usagers de la route, qui permettrait de répondre aisément à cette question. En fait, la preuve limitée qui a été présentée à propos de l'état mental véritable du conducteur tendait plutôt à démontrer que la conduite dangereuse était attribuable à une inattention momentanée. Par conséquent, la juge du procès a eu raison de conclure que, dans la présente affaire, la question de la *mens rea* est intimement liée à celle de savoir si, considérée objectivement, la façon de conduire de M. Beatty constitue un écart marqué par rapport à la norme.

[52] La Cour d'appel a selon moi eu tort de reprocher à la juge du procès de s'être attachée à « l'inattention momentanée » de M. Beatty et à ses « quelques secondes d'inattention ». La juge du procès a à juste titre axé son analyse sur la façon de conduire de M. Beatty eu égard aux circonstances. Elle a souligné qu'il n'y avait aucune preuve de conduite inappropriée avant que la camionnette ne traverse momentanément la ligne médiane, et que les [TRADUCTION] « quelques secondes de conduite clairement négligente » constituaient la seule preuve touchant sa façon de conduire (par. 36). Elle a avec raison pris en considération l'ensemble de la preuve et conclu que [TRADUCTION] « la seule conclusion raisonnable » était que [TRADUCTION] « M. Beatty [. . .] a perdu conscience », ce qui l'a amené à continuer de rouler en ligne droite au lieu de prendre le virage (par. 36). Selon elle, cette inattention momentanée était insuffisante pour asseoir la culpabilité criminelle. Elle a jugé que la preuve était [TRADUCTION] « insuffisante [. . .] pour permettre de conclure à un écart *marqué* par rapport à la norme de diligence que respecterait un conducteur prudent » (par. 37).

[53] En me fondant sur l'ensemble de la preuve, je ne vois aucune raison de remettre en question

of Mr. Beatty's conduct in this case and her conclusion on Mr. Beatty's criminal liability. By contrast, it is my respectful view that the Court of Appeal leaped too quickly to the conclusion that the requisite *mens rea* could be made out from the simple fact of the accident occurring, leaving no room for any assessment of Mr. Beatty's conduct along the continuum of negligence.

[54] For these reasons, I would allow the appeal and restore the acquittals.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie and LeBel JJ. were delivered by

[55] THE CHIEF JUSTICE — I agree with much of Justice Charron's analysis as well as with her disposition of the appeal. However, I take a different view on how the test for the offence of dangerous operation of a motor vehicle should be stated and how this impacts on cases of momentary lapse of attention, such as this case.

The Test for the Offence of Dangerous Driving

[56] At para. 43, my colleague describes the *actus reus* in terms of dangerous operation of a motor vehicle and the *mens rea* in terms of a marked departure from the standard of care that a reasonable person would observe in the accused's circumstances. In discussing the *actus reus*, my colleague observes that "[n]othing is gained by adding to the words of s. 249 at this stage of the analysis" (para. 45).

[57] With respect, I take a different view. A clear understanding of what is required to fulfill both the *actus reus* and *mens rea* of dangerous operation of a motor vehicle is important, and I see no impediment to judicial clarification of either element. Determining what constitutes dangerous driving without regard to the consequences — as the test requires — is a difficult task, and one that has given rise to confusion. In my opinion the language of s. 249 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46,

l'appréciation du comportement de M. Beatty par la juge du procès et sa conclusion quant à la responsabilité criminelle de ce dernier. En revanche, j'estime que la Cour d'appel a conclu trop hâtivement que la *mens rea* requise pouvait être établie du simple fait de l'accident, éliminant ainsi toute possibilité d'apprécier le comportement de M. Beatty sur le continuum de la négligence.

[54] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir les acquittements.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie et LeBel rendus par

[55] LA JUGE EN CHEF — Je souscris pour une large part à l'analyse de la juge Charron et à sa conclusion quant au sort du pourvoi. Je ne partage cependant pas son point de vue sur la façon dont le critère applicable à l'infraction de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur devrait être formulé et sur les conséquences de cette formulation dans les causes qui, comme celle-ci, portent sur une inattention momentanée.

Le critère applicable à l'infraction de conduite dangereuse

[56] Au paragraphe 43, ma collègue parle de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur pour décrire l'*actus reus* et d'écart marqué par rapport à la norme que respecterait une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé pour décrire la *mens rea*. Au sujet de l'*actus reus*, elle souligne que, « [à] cette étape de l'analyse, il est inutile d'ajouter quoi que ce soit au texte de l'art. 249 » (par. 45).

[57] Je ne partage malheureusement pas cet avis. Il est important de bien comprendre ce qui est requis pour établir tant l'*actus reus* que la *mens rea* de l'infraction de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur, et rien ne s'oppose selon moi à la clarification judiciaire de ces deux éléments. Déterminer ce qui constitue une conduite dangereuse en faisant abstraction des conséquences — comme le demande le critère — est une tâche ardue, qui a souvent été source de confusion. À

is consistent with requiring a marked departure as part of the *actus reus* of the offence.

[58] The jurisprudence of this Court offers assistance on what constitutes the *actus reus* and *mens rea* of dangerous driving and how the two elements of the offence should be described. *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, confirmed in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, indicates that the characterization of "marked departure" from the norm applies to the *actus reus* of the offence, and that the *mens rea* of the offence flows by inference from that finding, absent an excuse casting a reasonable doubt on the accused's capacity.

[59] In *Hundal*, Cory J., writing for the majority, was concerned mainly with *mens rea*. However, after settling this matter, he stated the overall requirements of dangerous driving in terms of marked departure, without limiting them to *mens rea*:

> . . . a trier of fact may convict if satisfied beyond a reasonable doubt that, viewed objectively, the accused was, in the words of the section, driving in a manner that was "dangerous to the public, having regard to all the circumstances, including the nature, condition and use of such place and the amount of traffic that at the time is or might reasonably be expected to be on such place". In making the assessment, the trier of fact should be satisfied that the conduct amounted to a marked departure from the standard of care that a reasonable person would observe in the accused's situation. [Emphasis added; p. 888.]

[60] Cory J. then went on to state that even where this is established, the accused may offer an excuse such as a sudden and unexpected onset of illness, thereby raising a reasonable doubt as to *mens rea*.

[61] In the absence of language in this passage confining the requirement of marked departure to the *mens rea* of the offence, it is reasonable to conclude that it was intended to apply to both the *actus reus* and the *mens rea* of the offence.

mon avis, il est conforme au texte de l'art. 249 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, d'exiger un écart marqué comme aspect de l'*actus reus* de l'infraction.

[58] La jurisprudence de la Cour nous aide à savoir en quoi consistent l'*actus reus* et la *mens rea* de la conduite dangereuse, et de quelle façon les deux éléments de l'infraction devraient être décrits. Il ressort de la décision *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, confirmée dans *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, que la caractéristique de l'« écart marqué » par rapport à la norme s'applique à l'*actus reus* de l'infraction, et que la *mens rea* découle par inférence de cette conclusion, à moins qu'une excuse ne soulève un doute raisonnable en ce qui a trait à la capacité de l'accusé.

[59] Dans l'arrêt *Hundal*, le juge Cory, qui s'exprimait alors pour la majorité, s'est principalement intéressé à la *mens rea*. Mais une fois cette question réglée, il a énoncé les exigences générales de l'infraction de conduite dangereuse en termes d'écart marqué, sans les restreindre à la *mens rea* :

> . . . le juge des faits peut conclure à la culpabilité s'il est convaincu hors de tout doute raisonnable que, du point de vue objectif, l'accusé, pour reprendre les termes de l'article en cause, conduisait « d'une façon dangereuse pour le public, compte tenu de toutes les circonstances y compris la nature et l'état de cet endroit, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible à cet endroit ». En faisant l'appréciation, le juge des faits doit être convaincu qu'il s'agit d'un comportement qui représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la situation de l'accusé. [Je souligne; p. 888.]

[60] Le juge Cory a ensuite précisé que, même lorsque cela est établi, l'accusé peut offrir une explication, par exemple une maladie soudaine et imprévue, et soulever ainsi un doute raisonnable à l'égard de la *mens rea*.

[61] Comme rien dans ce passage ne limite l'exigence de l'écart marqué à la *mens rea* de l'infraction, il est raisonnable de conclure que cette exigence est censée s'appliquer à la fois à l'*actus reus* et à la *mens rea* de l'infraction.

[62] Any doubt on the matter was removed by the majority decision of this Court in *Creighton*, in which Cory J. joined. At pp. 73-74, I wrote:

> The foregoing analysis suggests the following line of inquiry in cases of penal negligence. The first question is whether *actus reus* is established. This requires that the negligence constitute a marked departure from the standards of the reasonable person in all the circumstances of the case. . . .
>
> The next question is whether the *mens rea* is established. As is the case with crimes of subjective *mens rea*, the *mens rea* for objective foresight of risking harm is normally inferred from the facts. The standard is that of the reasonable person in the circumstances of the accused. If a person has committed a manifestly dangerous act, it is reasonable, absent indications to the contrary, to infer that he or she failed to direct his or her mind to the risk and the need to take care. However, the normal inference may be negated by evidence raising a reasonable doubt as to lack of capacity to appreciate the risk. Thus, if a *prima facie* case for *actus reus* and *mens rea* is made out, it is necessary to ask a further question: did the accused possess the requisite capacity to appreciate the risk flowing from his conduct? If this further question is answered in the affirmative, the necessary moral fault is established and the accused is properly convicted. If not, the accused must be acquitted. [Emphasis added.]

[63] This analysis, which defines the *actus reus* in terms of a "marked departure" and the *mens rea* as the normal inference from that conduct, absent excuse, was penned only a short time after *Hundal*, and concurred in by the majority of the Court, including Cory J. Justice Cory's decision in *Hundal* was cited and relied on in *Creighton* as a basis for this formulation. It follows that *Hundal* and *Creighton* should be seen as adopting the same test, and that any ambiguity in the discussion of dangerous driving in *Hundal* should be resolved in the manner suggested in *Creighton*.

[62] Si un doute quelconque subsistait à ce propos, il a été dissipé par la décision de la majorité de notre Cour dans l'affaire *Creighton*, décision à laquelle le juge Cory a souscrit. J'ai écrit ce qui suit, aux p. 73-74 :

> Voici, d'après l'analyse qui précède, les questions qu'il faut se poser dans des affaires de négligence pénale. On doit se demander en premier lieu si l'*actus reus* a été prouvé. Il faut pour cela que la négligence représente dans toutes les circonstances de l'affaire un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable. . .
>
> Se pose ensuite la question de savoir si la *mens rea* a été établie. Comme c'est le cas des crimes comportant une *mens rea* subjective, la *mens rea* requise pour qu'il y ait prévision objective du risque de causer un préjudice s'infère normalement des faits. La norme applicable est celle de la personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l'accusé. Si une personne a commis un acte manifestement dangereux, il est raisonnable, en l'absence d'indications du contraire, d'en déduire qu'elle n'a pas réfléchi au risque et à la nécessité de prudence. L'inférence normale peut toutefois être écartée par une preuve qui fait naître un doute raisonnable quant à l'absence de capacité d'apprécier le risque. Ainsi, si l'*actus reus* et la *mens rea* sont tous deux établis au moyen d'une preuve suffisante à première vue, il faut se demander en outre si l'accusé possédait la capacité requise d'apprécier le risque inhérent à sa conduite. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à cette dernière question, la faute morale nécessaire est établie et un verdict de culpabilité peut à bon droit être rendu contre l'accusé. Dans l'hypothèse contraire, c'est un verdict d'acquittement qui s'impose. [Je souligne.]

[63] Cette analyse, où l'*actus reus* est défini comme un « écart marqué » et la *mens rea* comme l'inférence normale tirée de ce comportement — à moins qu'une excuse puisse être invoquée —, a été rédigée peu de temps après *Hundal*, et la majorité de la Cour y a souscrit, y compris le juge Cory. La formulation du critère dans *Creighton* s'appuyait sur la décision du juge Cory dans *Hundal*, qui y était d'ailleurs citée. Il faut donc en conclure que le même critère a été adopté dans *Hundal* et *Creighton*, et que si l'analyse de la conduite dangereuse figurant dans *Hundal* comportait quelque ambiguïté, celle-ci devrait être résolue de la façon suggérée dans *Creighton*.

[64] Requiring that the conduct alleged to constitute the *actus reus* of the offence constitute a marked departure from the standard of a reasonable person is consistent with the language of s. 249 of the *Criminal Code*. Section 249(1)(*a*) defines the *actus reus* in terms of operating a motor vehicle "in a manner that is dangerous to the public, having regard to all the circumstances", and goes on to provide a non-exhaustive list of circumstances to be taken into consideration. In this context, dangerousness is properly understood as requiring a marked departure from the conduct of a reasonable person, in the circumstances.

[65] If conduct not representing a marked departure is allowed to satisfy the *actus reus* requirement for dangerous driving, then it becomes unclear how *Criminal Code* dangerous driving is to be distinguished from a wide variety of provincial motor vehicle offences, at the level of the *actus reus*. Provincial motor vehicle legislation exists in part to manage and minimize the risks associated with the widespread use of motor vehicles. Thus in many cases, conduct representing a violation of provincial motor vehicle legislation will be "objectively dangerous" in comparison with strict compliance with the provisions of the legislation. Yet it would stretch the meaning of s. 249(1)(*a*) to suggest that such conduct would be sufficient to establish the *actus reus* of dangerous driving. The "marked departure" requirement provides a standard for determining what is objectively dangerous in the context of s. 249(1)(*a*), allowing relatively minor violations of provincial motor vehicle Acts to fall clearly outside the scope of conduct that Parliament intended to criminalize.

[66] I add that this formulation mirrors the theory on which the criminal law is founded — that the *actus reus* and *mens rea* of an offence represent two aspects of the criminal conduct. The *actus reus* is the act and the *mens rea*, or guilty mind, the intention to commit that act. If the *mens rea*

[64] Il est conforme au libellé de l'art. 249 du *Code criminel* d'exiger que le comportement qui, allègue-t-on, constitue l'*actus reus* de l'infraction représente un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable. L'alinéa 249(1)*a*) définit l'*actus reus* comme étant le fait de conduire un véhicule à moteur « d'une façon dangereuse pour le public, eu égard aux circonstances », et propose ensuite une liste non exhaustive de circonstances devant être prises en considération. Dans ce contexte, il est logique de considérer que l'établissement du caractère dangereux du comportement exige la preuve d'un écart marqué par rapport au comportement d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances.

[65] Si l'on accepte qu'un comportement ne représentant pas un écart marqué satisfait aux exigences de l'*actus reus* de la conduite dangereuse, il devient alors difficile de distinguer, sur le plan de l'*actus reus*, l'infraction de conduite dangereuse prévue par le *Code criminel* de toute une gamme d'infractions provinciales relatives aux véhicules à moteur. Les textes législatifs provinciaux relatifs aux véhicules à moteur visent notamment à gérer et à réduire les risques associés à l'omniprésence des véhicules sur les routes. Ainsi, dans bien des cas, un comportement constituant une violation d'un texte de loi provincial sera « objectivement dangereux » par rapport à une façon de conduire qui respecte rigoureusement les dispositions du texte législatif. Néanmoins, on forcerait le sens de l'al. 249(1)*a*) en suggérant qu'un tel comportement suffirait pour établir l'*actus reus* de l'infraction de conduite dangereuse. L'exigence relative à l'« écart marqué » constitue une norme permettant de déterminer ce qui est objectivement dangereux dans le contexte de l'al. 249(1)*a*) et d'écarter clairement de la façon de conduire que le Parlement a voulu criminaliser certaines violations relativement mineures des lois provinciales relatives aux véhicules à moteur.

[66] J'ajouterai que cette formulation est conforme à la théorie sur laquelle le droit criminel repose — à savoir que l'*actus reus* et la *mens rea* d'une infraction constituent deux aspects du comportement criminel. L'*actus reus* est l'acte lui-même, tandis que la *mens rea*, ou intention coupable, est

of the offence requires a failure to take reasonable care which is inferred from the conduct of driving in a manner that represents a marked departure from the norm, then the *actus reus* must be the act of driving in a manner that represents a marked departure from the norm.

[67] I therefore conclude that the correct statement of the law is as follows:

1. The *actus reus* requires a marked departure from the normal manner of driving.

2. The *mens rea* is generally inferred from the marked departure in the nature of driving. Based on the finding of a marked departure, it is inferred that the accused lacked the requisite mental state of care of a reasonable person.

3. While generally the *mens rea* is inferred from the act constituting a marked departure committed by the accused, the evidence in a particular case may negate or cast a reasonable doubt on this inference.

The Problem of Momentary Lapse of Attention

[68] The problem at the heart of this case is whether acts of momentary lapse of attention can constitute the offence of dangerous driving. The accused was driving in an entirely normal manner until his vehicle suddenly swerved over the centre line of the road, for reasons that remain unclear. Clearly there was momentary lapse of attention. The issue is whether this is capable of establishing the *actus reus* and *mens rea* of the offence.

[69] In my view, momentary lapse of attention without more cannot establish the *actus reus* or *mens rea* of the offence of dangerous driving. This flows from this Court's decision in *R. v. Mann*, [1966] S.C.R. 238, upholding the constitutionality of the provincial offence of careless driving. The constitutionality of the provincial offence was

l'intention de commettre cet acte. Si la *mens rea* de l'infraction exige une absence de diligence raisonnable qui se déduit d'une façon de conduire constituant un écart marqué par rapport à la norme, l'*actus reus* consiste logiquement dans cette façon de conduire constituant un écart marqué par rapport à la norme.

[67] Je conclus par conséquent que la règle de droit correcte s'énonce ainsi :

1. L'*actus reus* exige un écart marqué par rapport à la façon normale de conduire.

2. La *mens rea* se déduit en général de l'écart marqué dans la façon de conduire. De la conclusion relative à l'écart marqué, on déduit que l'accusé ne présentait pas l'état mental de diligence d'une personne raisonnable qui est requis.

3. Bien que, en général, la *mens rea* se déduise de l'acte constituant un écart marqué commis par l'accusé, il est possible que dans un cas donné la preuve exclue cette déduction ou suscite un doute raisonnable à cet égard.

Le problème de l'inattention momentanée

[68] Le problème au centre de la présente affaire est celui de savoir si des actes d'inattention momentanée peuvent constituer l'infraction de conduite dangereuse. L'accusé conduisait d'une façon tout à fait normale jusqu'à ce que, pour des raisons qui demeurent incertaines, son véhicule traverse la ligne médiane de la route. De toute évidence, il y a eu inattention momentanée. La question est de savoir si cette inattention momentanée est susceptible d'établir l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction.

[69] À mon avis, une inattention momentanée ne saurait à elle seule établir l'*actus reus* ou la *mens rea* de l'infraction de conduite dangereuse. Cela découle de la décision rendue par la Cour dans *R. c. Mann*, [1966] R.C.S. 238, qui a confirmé la constitutionnalité de l'infraction provinciale de conduite imprudente. La constitutionnalité de l'infraction

attacked on the ground that the field was occupied by the federal offence of dangerous driving. In order to resolve this issue, the Court was obliged to define the ambit of dangerous driving and careless driving, respectively. The Court concluded that the two offences were aimed at different conduct. In *Mann*, the distinction between the levels of negligence required for careless driving and dangerous driving was essential to upholding the constitutionality of the provincial offence of careless driving. Although some of the judges in *Mann* cast their reasoning in terms of inadvertent versus advertent negligence, concepts which are no longer the focus of the analysis in cases of dangerous driving (*Hundal*, at p. 889), what is clear is that the offence of dangerous driving requires a higher degree of negligence than careless driving. This Court affirmed the differing levels of negligence for careless driving and dangerous driving in *Hundal*.

[70] It follows that if the only evidence against the accused is evidence of momentary lapse of attention, the offence of dangerous driving is not established. This, in my view, is as it should be. The heavy sanctions and stigma that follow from a criminal offence should not be visited upon a person for a momentary lapse of attention. Provincial regulatory offences appropriately and adequately deal with this sort of conduct.

[71] In terms of the test for the offence outlined above, momentary lapse of attention does not establish the marked departure from the standard of care of a reasonably prudent driver required for the *actus reus* of the offence. As the case law teaches, one must consider the entire manner of driving of the accused, in all the circumstances. A moment of lapse of attention, in the context of totally normal driving, is insufficient to establish the marked departure required for the offence of dangerous driving. In order to avoid criminal liability, an accused's driving is not required to meet a standard of perfection. Even good drivers are

provinciale était contestée au motif que le champ était occupé par l'infraction fédérale de conduite dangereuse. Pour trancher la question, la Cour a dû définir la portée respective de la conduite dangereuse et de la conduite imprudente. La Cour a conclu que les deux infractions visaient un comportement différent. Dans *Mann*, la distinction entre les degrés de négligence requis pour la conduite imprudente et la conduite dangereuse était essentielle au maintien de la constitutionnalité de l'infraction provinciale de conduite imprudente. Bien que, dans *Mann*, le raisonnement de certains des juges soit axé sur la dichotomie négligence inconsciente et négligence consciente, concepts sur lesquels ne repose plus l'analyse dans les causes de conduite dangereuse (*Hundal*, p. 889), une chose est claire : l'infraction de conduite dangereuse exige un degré plus élevé de négligence que celle de conduite imprudente. Dans *Hundal*, la Cour a confirmé l'existence de degrés de négligence différents à l'égard des infractions de conduite imprudente et de conduite dangereuse.

[70] Il s'ensuit que, si la seule preuve contre l'accusé est celle d'une inattention momentanée, l'infraction de conduite dangereuse n'est pas établie. Et, selon moi, les choses sont exactement comme elles doivent être. Les sanctions sévères et la stigmatisation qu'entraîne la perpétration d'une infraction criminelle ne devraient pas être infligées à une personne pour un moment d'inattention. Il existe des infractions provinciales qui régissent d'une manière appropriée et adéquate ce type de comportement.

[71] Selon le critère énoncé plus haut, l'inattention momentanée n'établit pas l'écart marqué — par rapport à la norme de diligence que respecterait un conducteur raisonnablement prudent — qui est requis à l'égard de l'*actus reus* de l'infraction. Comme l'enseigne la jurisprudence, il faut tenir compte de la façon de conduire de l'accusé dans son ensemble, eu égard à toutes les circonstances. Un moment d'inattention, dans le cadre d'une conduite tout à fait normale, n'est pas suffisant pour établir l'écart marqué qui est requis à l'égard de l'infraction de conduite dangereuse. Pour qu'un accusé échappe à la responsabilité criminelle, il n'est pas

occasionally subject to momentary lapses of attention. These may, depending on the circumstances, give rise to civil liability, or to a conviction for careless driving. But they generally will not rise to the level of a marked departure required for a conviction for dangerous driving.

[72] A momentary lapse of attention *without more* cannot establish the *actus reus* and *mens rea* of the offence of dangerous driving. However, additional evidence may show that the momentary lapse is part of a larger pattern that, considered as a whole, establishes the marked departure from the norm required for the offence of dangerous driving. For example, a momentary lapse might be caused by the consumption of alcohol or by carrying on an activity incompatible with maintaining proper control of the automobile. The trier of fact might conclude in such a case that considering the total driving pattern in all the circumstances, a marked departure from the norm is established.

[73] This brings us to the case of *R. v. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60 (Ont. C.A.), and the relevance of the subjective intention of the accused. In *Willock*, the accused, who had been driving normally, suddenly steered erratically. His vehicle began to fishtail and ultimately went out of control, crossing the median into opposing traffic. The accused offered no explanation for his steering, such as sudden illness. At trial, the accused was convicted of criminal negligence causing death. The Court of Appeal overturned the conviction on the grounds that in the circumstances, where the accused's driving had otherwise been wholly proper, the Crown had the burden of proving that the accused deliberately caused his vehicle to swerve.

[74] The holding in *Willock* that the Crown be required to prove that the accused deliberately caused his vehicle to swerve should not be read as

nécessaire qu'il ait conduit de façon parfaite. En effet, même les bons conducteurs ont à l'occasion des moments d'inattention qui peuvent, selon les circonstances, engager leur responsabilité civile ou donner lieu à une condamnation pour conduite imprudente. Mais en général, ces moments d'inattention ne vont pas jusqu'à l'écart marqué requis pour justifier une déclaration de culpabilité pour conduite dangereuse.

[72] Une inattention momentanée ne peut *à elle seule* établir l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction de conduite dangereuse. Cependant, des éléments de preuve additionnels peuvent démontrer qu'une inattention momentanée s'inscrit dans un comportement qui, considéré globalement, établit l'écart marqué par rapport à la norme qui est requis pour l'infraction de conduite dangereuse. Par exemple, une inattention momentanée peut être causée par la consommation d'alcool ou par une activité incompatible avec la maîtrise adéquate du véhicule. Le juge des faits pourrait alors conclure que, si l'on considère le comportement du conducteur globalement eu égard aux circonstances, un écart marqué par rapport à la norme a été établi.

[73] Cela nous amène à la décision *R. c. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60 (C.A. Ont.), et à la pertinence de l'intention subjective de l'accusé. Dans *Willock*, l'accusé, qui jusque-là conduisait d'une façon normale, s'est soudainement mis à donner de brusques coups de volant. Son véhicule a zigzagué et il en a finalement perdu la maîtrise, le véhicule traversant alors la ligne médiane et se retrouvant dans la voie inverse. L'accusé n'a invoqué aucune raison susceptible d'expliquer ses coups de volant, par exemple une maladie soudaine. À l'issue du procès, il a été déclaré coupable de négligence criminelle ayant causé la mort. La Cour d'appel a cassé le verdict, estimant que, dans les circonstances, comme l'accusé avait jusqu'à ce moment-là conduit d'une façon tout à fait appropriée, il incombait au ministère public d'établir que ce dernier avait délibérément fait faire une embardée à son véhicule.

[74] La conclusion dans *Willock* selon laquelle le ministère public devait prouver que l'accusé avait délibérément fait faire une embardée à son véhicule

putting a burden on the Crown to show a subjective intention by the accused to drive dangerously. In *Willock*, Doherty J.A. did not require the Crown to establish that the accused appreciated that causing his vehicle to swerve created a risk that he would lose control of his vehicle, or that this in turn created a risk of death or bodily injury. It was not necessary that the accused subjectively appreciated the risks associated with his conduct or that he appreciated that his conduct represented a marked departure from the reasonable person standard. Doherty J.A. simply held that in the circumstances, evidence of the appellant's intentions was necessary for assessing his conduct on the objective standard, because on the facts in that case, if the accused had not intentionally caused the car to swerve, the remaining evidence was not sufficient to show a marked departure.

[75] *Willock* should thus not be read as suggesting that in cases of momentary lapse of attention, the Crown must prove that the accused subjectively intended to drive in a manner that constituted a marked departure from the norm and endanger lives, in order to establish the offence of dangerous driving. Additional evidence capable of establishing that a momentary lapse is part of a larger pattern of dangerous driving may indeed be adduced. But as suggested in *Hundal*, this will generally be objective evidence of the accused's entire driving pattern. The accused's conduct and words may be part of this pattern. But since this is a negligence offence, the concern is with objective *mens rea*. The ultimate issue is not what was in the accused's mind at the time of the aberration, but the manner of his driving in all the circumstances.

[76] In *Hundal*, the majority noted that the objective standard is justified in part by the difficulty of establishing a driver's particular state of mind at a

n'a pas pour effet d'imposer au ministère public le fardeau de démontrer que l'accusé avait l'intention subjective de conduire dangereusement. Dans *Willock*, le juge d'appel Doherty n'a pas obligé le ministère public à faire la preuve que l'accusé savait qu'en donnant des coups de volant il risquait de perdre la maîtrise de son véhicule, ou que cette perte de maîtrise risquait de causer la mort ou des lésions corporelles. Il n'était pas nécessaire que l'accusé soit subjectivement conscient des risques associés à sa façon de conduire, ou qu'il sache que celle-ci représentait un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable. Le juge Doherty a simplement conclu que, dans les circonstances, la preuve de l'intention de l'appelant était nécessaire pour apprécier sa façon de conduire selon la norme objective, parce que, compte tenu des faits de cette affaire, si l'accusé n'avait pas volontairement fait faire une embardée à son véhicule, le reste de la preuve ne permettait pas de démontrer un écart marqué.

[75] Il ne faut donc pas considérer que l'arrêt *Willock* enseigne que, dans les affaires où il est question d'inattention momentanée, le ministère public est tenu, pour établir l'infraction de conduite dangereuse, de prouver que l'accusé avait subjectivement l'intention de conduire d'une manière constituant un écart marqué par rapport à la norme et de mettre des vies en danger. Des éléments de preuve additionnels susceptibles d'établir qu'une inattention momentanée s'inscrit dans un comportement plus général relevant de la conduite dangereuse peuvent certes être présentés. Mais, comme il a été indiqué dans *Hundal*, il s'agira le plus souvent d'éléments de preuve objectifs ayant trait à la façon de conduire de l'accusé. Les faits et gestes de ce dernier, ses paroles, peuvent faire partie de ce comportement. Cependant, comme il s'agit d'une infraction de négligence, c'est la *mens rea* objective qui importe. En dernière analyse, il s'agit de déterminer, non pas ce que pensait l'accusé lors de l'aberration, mais plutôt de quelle façon il conduisait eu égard aux circonstances.

[76] Dans *Hundal*, la majorité a souligné que la norme objective est justifiée en partie par la difficulté d'établir l'état d'esprit d'un conducteur à un

given time, due in part to the automatic and reflexive nature of driving. Cory J. held that generally, it is unnecessary to inquire into the accused's subjective state of mind. Evidence relating to such matters as road conditions and the condition and behaviour of the accused's vehicle will usually be sufficient to determine whether the accused's manner of driving constituted a marked departure.

[77] On the test that I have suggested, the appropriate analysis in cases such as *Willock*, where momentary lapse of attention is all the Crown can prove, is the following. The starting point is that momentary lapse of attention cannot satisfy the requirements of the offence of dangerous driving, and more particularly the requirement of a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent driver required to establish the *actus reus*. A momentary lapse, without more, is therefore insufficient to establish the offence. However, additional elements in the proof may establish that the momentary lapse is part of a larger driving pattern that, considered as a whole, constitutes a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent driver. It is for the trier of fact to consider all of the evidence objectively and determine if the *actus reus* of driving in a manner that constitutes a marked departure from the norm is established. If this is established, the *mens rea* will be inferred from the driving pattern, absent excuses presented by the accused such as a sudden and unexpected illness which raise a reasonable doubt as to criminal intent.

[78] Additional inquiry into the accused's actual state of mind is unnecessary. If the only evidence is of momentary lapse of attention, the *actus reus* is not established and the Crown's case fails, making further inquiry unnecessary. On the other hand, if the accused is driving in a manner that constitutes a marked departure from the norm, the inference will be that he lacked the requisite mental state of care of a reasonable person, absent an

moment donné, à cause notamment de la nature automatique et réactive de la conduite. Selon le juge Cory, il n'est pas nécessaire de tenter de déterminer l'état d'esprit subjectif de l'accusé. La preuve relative à des éléments tels que les conditions routières ainsi que l'état et le comportement du véhicule de l'accusé sera habituellement suffisante pour décider si la façon de conduire de l'accusé constituait un écart marqué.

[77] Voici, pour l'application du critère que je propose, quelle est l'analyse appropriée dans les affaires comme *Willock*, où l'inattention momentanée est la seule chose que le ministère public peut prouver. Le point de départ est que l'inattention momentanée ne peut satisfaire aux exigences de l'infraction de conduite dangereuse, et plus particulièrement à celle de l'écart marqué — par rapport à la norme de diligence que respecterait un conducteur raisonnablement prudent — qui est requis pour établir l'*actus reus*. Un moment d'inattention ne saurait donc à lui seul établir l'infraction. Cependant, des éléments de preuve additionnels pourraient permettre de démontrer que cette inattention momentanée s'inscrit dans une façon de conduire plus générale qui, considérée globalement, constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait un conducteur raisonnablement prudent. Il appartient au juge des faits de considérer objectivement l'ensemble de la preuve pour déterminer si l'*actus reus* d'une façon de conduire constituant un écart marqué par rapport à la norme a été établi. Dans l'affirmative, la *mens rea* sera déduite de la façon générale de conduire, sauf si l'accusé présente une excuse, par exemple une maladie soudaine et imprévue, faisant naître un doute raisonnable quant à la présence de l'intention criminelle.

[78] Il n'est pas nécessaire de s'interroger davantage sur l'état d'esprit véritable de l'accusé. Si la seule preuve consiste dans l'inattention momentanée, l'*actus reus* n'est pas établi et le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau, ce qui règle la question. En revanche, si la façon de conduire de l'accusé constituait un écart marqué par rapport à la norme, on déduira qu'il n'avait pas l'état mental de diligence d'une personne raisonnable qui est

excuse, such as a sudden and unexpected onset of illness.

[79] The appellant in this case was charged with dangerous driving causing death. There has been some debate in lower courts, and among academic commentators, regarding the approach to *actus reus* and *mens rea* in driving cases where the offence charged is criminal negligence, rather than dangerous driving. In this case, the Court does not have to rule on the elements of the offence for a driving offence charged as criminal negligence, and these reasons should not be read as deciding that issue.

Application to this Case

[80] The only evidence adduced by the Crown in the case at bar was evidence of a momentary lapse of attention that caused the accused's vehicle to cross the centre line of the highway. In all other respects, the accused's driving was, on the evidence, entirely normal.

[81] It follows that all that has been established is momentary lapse of attention. The marked departure required for the offence of dangerous operation of a motor vehicle has not been made out. The Crown did not succeed in proving that the accused's manner of driving, viewed as a whole, constituted a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent driver. It follows that it did not prove the *actus reus* of the offence, and its case must fail.

Conclusion

[82] I would allow the appeal and restore the acquittals.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[83] Justin Ronald Beatty, the appellant, was acquitted at trial on three counts of operating a

requis, à moins qu'il puisse invoquer une excuse, telle une maladie soudaine et imprévue.

[79] Dans le présent pourvoi, l'appelant a été accusé de conduite dangereuse ayant causé la mort. La façon d'analyser l'*actus reus* et la *mens rea* dans les affaires de conduite automobile, lorsque l'infraction reprochée est la négligence criminelle plutôt que la conduite dangereuse, fait l'objet de débats devant des juridictions inférieures et chez certains auteurs. En l'espèce, la Cour n'a pas à se prononcer sur les éléments d'une infraction en matière de conduite automobile donnant lieu à des accusations de négligence criminelle, et les présents motifs ne doivent pas être considérés comme décidant cette question.

Application aux faits de l'espèce

[80] En l'espèce, le ministère public a uniquement apporté la preuve d'une inattention momentanée par suite de laquelle le véhicule de l'accusé a traversé la ligne médiane de la route. Selon la preuve, l'accusé conduisait d'une façon tout à fait normale à tous autres égards.

[81] Il s'ensuit que seule une inattention momentanée a été établie. L'écart marqué requis dans le cas de l'infraction de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur n'a pas été établi. Le ministère public n'est pas parvenu à prouver que, considérée globalement, la façon de conduire de l'accusé constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait un conducteur raisonnablement prudent. Il n'a par conséquent pas établi l'*actus reus* de l'infraction, et l'accusation doit être rejetée.

Conclusion

[82] J'accueillerais l'appel et je rétablirais les acquittements.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[83] L'appelant, Justin Ronald Beatty, a été acquitté, au terme de son procès, de trois chefs

motor vehicle in a manner that is dangerous to the public (or "dangerous driving") and thereby causing the death of another person ([2005] B.C.J. No. 3071 (QL), 2005 BCSC 751). On an appeal by the Crown, the British Columbia Court of Appeal set aside his acquittals and ordered a new trial ((2006), 225 B.C.A.C. 154, 2006 BCCA 229). Like my colleagues, but for somewhat different reasons, I would allow Mr. Beatty's appeal and restore the acquittals entered by the trial judge.

II

[84] I agree with Justice Charron that the *actus reus* of dangerous driving consists in the elements of that offence set out in s. 249(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Accordingly, in my view, anyone who commits that *actus reus* with the requisite *mens rea* is guilty of dangerous driving.

[85] The *mens rea*, or fault element, signifies a blameworthy state of mind. That fault element can be established in two ways: the first rare, the second more common.

[86] In rare cases, the prosecution will be able to establish that the accused drove in a deliberately dangerous manner, within the meaning of s. 249(1)(*a*) of the *Code*. Where this can be shown, it will be unnecessary to establish, in addition, that the nature or degree of the appellant's conduct represents a marked departure from the conduct of a reasonable person in similar circumstances. The decision of the accused to drive in a dangerous manner, like his awareness that he is doing so, amounts to subjective *mens rea* and not the volitional element of the *actus reus*. It follows, in my respectful view, that a "marked departure" from the norm is not an invariable or essential characteristic of the *actus reus* of dangerous driving.

[87] It is well established, however, that the fault element of dangerous driving can be established as well — and generally is — on an objective basis, by

d'accusation lui reprochant d'avoir conduit un véhicule à moteur d'une façon dangereuse pour le public (ou « conduite dangereuse ») et d'avoir ainsi causé la mort d'une autre personne ([2005] B.C.J. No. 3071 (QL), 2005 BCSC 751). À la suite de l'appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé les acquittements et ordonné la tenue d'un nouveau procès ((2006), 225 B.C.A.C. 154, 2006 BCCA 229). À l'instar de mes collègues, mais pour des motifs quelque peu différents, j'accueillerais le pourvoi de M. Beatty et je rétablirais les acquittements inscrits par la juge du procès.

II

[84] Je suis d'accord avec la juge Charron pour dire que l'*actus reus* de la conduite dangereuse se compose des éléments de cette infraction énoncés au par. 249(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Par conséquent, j'estime que quiconque commet cet *actus reus* avec la *mens rea* requise est coupable de conduite dangereuse.

[85] La *mens rea*, ou élément de faute, consiste en un état d'esprit blâmable. Cet élément de faute peut être établi de deux façons, l'une plutôt rare et l'autre plus fréquente.

[86] Dans de rares cas, la poursuite est en mesure de prouver que l'accusé a délibérément conduit d'une façon dangereuse au sens de l'al. 249(1)*a*) du *Code*. Dans de tels cas, il est inutile d'établir en outre que la nature et la gravité du comportement de l'appelant représentent un écart marqué par rapport à celui d'une personne raisonnable placée dans des circonstances analogues. La décision de l'accusé de conduire d'une façon dangereuse, tout comme sa conscience d'agir ainsi, correspond à une *mens rea* subjective, et non à l'élément volitif de l'*actus reus*. Il s'ensuit donc, à mon humble avis, qu'un « écart marqué » par rapport à la norme ne constitue pas une caractéristique invariable ou essentielle de l'*actus reus* de l'infraction de conduite dangereuse.

[87] Toutefois, il est bien établi que l'élément de faute de l'infraction de conduite dangereuse peut également être démontré — ce qui est d'ailleurs

inference and attribution. In that case, the blameworthiness of the prohibited conduct does not lie in what the accused knew or intended but in the justification for *imputing* to the accused a culpable mental state *for reasons of social policy*. In this regard, I agree with my colleagues that the requisite *mens rea* can be established by demonstrating that the accused failed to meet the objective standard of a reasonable person in the circumstances.

[88] The fault element, however, is not the marked departure from the norm of a reasonably prudent driver but the fact that a reasonably prudent driver in the accused's circumstances would have been aware of the risk of that conduct, and if able to do so, would have acted to avert it. This requisite mental element may only be inferred where the impugned conduct represents a marked departure from the norm; it cannot be inferred from the mere fact that he or she operated the motor vehicle in a dangerous manner.

[89] In the result, I agree that we should avoid characterizing the *conduct* that represents a marked departure from the norm as the *mental element* or *mens rea* of the offence. It does not follow, in my respectful view, that a marked departure from the norm must instead be characterized as the *actus reus* of the offence. As I have already explained, proof of the *actus reus*, coupled with subjective *mens rea*, will suffice for conviction. Otherwise, conduct that is found to depart markedly from the norm is nonetheless necessary for conviction because nothing less will support *a reasonable inference* that the accused acted with the objective *mens rea* that is an essential element of the offence.

III

[90] The Chief Justice and Justice Charron, essentially for the same reasons, have concluded,

généralement le cas — sur une base objective, par voie de déduction et d'imputation. Le caractère blâmable du comportement prohibé ne découle alors pas de ce que l'accusé avait conscience de faire ou avait l'intention de faire, mais plutôt des raisons qui justifient de lui *imputer* un état d'esprit coupable *pour des considérations de politique sociale*. À cet égard, je partage l'opinion de mes collègues selon laquelle la *mens rea* requise peut être établie en démontrant que l'accusé n'a pas satisfait à la norme objective du comportement qu'aurait eu une personne raisonnable placée dans des circonstances analogues.

[88] Cependant, l'élément de faute ne réside pas dans l'écart marqué par rapport à la norme du comportement qu'aurait eu un conducteur raisonnablement prudent, mais plutôt dans le fait qu'un tel conducteur, placé dans les circonstances où se trouvait l'accusé, aurait été conscient du risque de ce comportement et, s'il avait été en mesure de le faire, aurait agi afin de l'éviter. La présence de l'élément moral requis ne peut être inférée que dans les cas où le comportement reproché constitue un écart marqué par rapport à la norme; une telle inférence ne peut être tirée du seul fait que l'intéressé a conduit le véhicule à moteur d'une façon dangereuse.

[89] En définitive, je reconnais qu'il faut éviter de qualifier le *comportement* qui représente un écart marqué par rapport à la norme d'*élément moral* ou de *mens rea* de l'infraction. Il ne s'ensuit toutefois pas, à mon avis, qu'un écart marqué par rapport à la norme doit être qualifié d'*actus reus* de l'infraction. Comme je l'ai expliqué plus tôt, la preuve de l'*actus reus*, conjuguée à la *mens rea* subjective, suffira pour qu'il y ait déclaration de culpabilité. Autrement, il faut néanmoins être en présence d'un comportement qui est déclaré constituer un écart marqué par rapport à la norme, car seul un tel comportement justifiera *une inférence raisonnable* que l'accusé a agi avec la *mens rea* objective, un élément essentiel de l'infraction.

III

[90] La Juge en chef et la juge Charron, essentiellement pour les mêmes raisons, ont conclu, à juste

correctly in my view, that the impugned conduct of the accused in this case did not amount to a marked departure from the norm. There may well be circumstances in which inattention, even transitory, will suffice to establish the fault element of dangerous driving. That was not the case here.

[91] I would for this reason, like my colleagues, allow the appeal and restore the acquittals entered by the trial judge.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Cates Carroll Watt, Kamloops.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

titre selon moi, que le comportement reproché à l'accusé dans la présente affaire ne constitue pas un écart marqué par rapport à la norme. Il pourrait fort bien survenir des circonstances dans lesquelles une inattention, même momentanée, suffira pour établir l'élément de faute de l'infraction de conduite dangereuse. Mais nous ne sommes pas en présence d'un tel cas en l'espèce.

[91] Pour ce motif, à l'instar de mes collègues, j'accueillerais le pourvoi et je rétablirais les acquittements inscrits par la juge du procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Cates Carroll Watt, Kamloops.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Michael Esty Ferguson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

Michael Esty Ferguson *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

INDEXED AS: R. *v.* FERGUSON

Neutral citation: 2008 SCC 6.

File No.: 31692.

2007: November 13; 2008: February 29.

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

RÉPERTORIÉ : R. *c.* FERGUSON

Référence neutre : 2008 CSC 6.

N° du greffe : 31692.

2007 : 13 novembre; 2008 : 29 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 ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Detainee being held in cell at RCMP detachment shot by police officer during altercation — Police officer convicted of manslaughter committed with use of firearm — Criminal Code providing for mandatory minimum four-year sentence — Whether minimum sentence constitutes cruel and unusual punishment in circumstances of this case — If so, whether trial judge entitled to grant constitutional exemption from four-year minimum and impose lesser sentence — Constitution Act, 1982, s. 52 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 12, 24(1) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 236(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Constitutional exemption — Availability — Whether constitutional exemption under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms available to accused as remedy in particular case where minimum sentence of imprisonment found to be cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of Charter — Whether appropriate remedy is declaration pursuant to s. 52 of Constitution

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Détenu incarcéré dans une cellule du détachement de la GRC abattu par un policier au cours d'une altercation — Policier déclaré coupable d'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu — Peine minimale obligatoire de quatre ans prescrite par le Code criminel — La peine minimale constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée dans les circonstances de l'affaire? — Dans l'affirmative, le juge du procès peut-il accorder une exemption constitutionnelle écartant l'emprisonnement minimal de quatre ans et infliger une peine moins sévère? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12, 24(1) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 236a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exemption constitutionnelle — Possibilité d'obtenir une exemption — Un accusé peut-il obtenir une exemption constitutionnelle en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés à titre de réparation dans une situation particulière où la peine d'emprisonnement minimale est jugée constituer une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la Charte?

Act, 1982 that law imposing such punishment is inconsistent with Charter.

During an altercation with a detainee held in a cell at an RCMP detachment, the accused, an RCMP officer, shot and killed the detainee. The accused was charged with second-degree murder but was convicted by a jury of the lesser offence of manslaughter. Notwithstanding the mandatory minimum sentence of four years imposed by s. 236(*a*) of the *Criminal Code* for manslaughter with a firearm, the trial judge imposed a conditional sentence of two years less a day. He granted the accused a constitutional exemption from the four-year sentence because, on the circumstances of this case, he found that the minimum mandatory sentence constituted cruel and unusual punishment in violation of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The majority of the Court of Appeal overturned that sentence and held that the mandatory minimum must be imposed.

Held: The appeal should be dismissed.

There is no basis for concluding that the four-year minimum sentence prescribed by Parliament amounts to cruel and unusual punishment on the facts of this case. In the absence of any s. 12 violation, the trial judge's proper course in the circumstances was to apply the four-year minimum sentence. [29] [31]

The appropriateness of the minimum sentence of four years that Parliament has prescribed for the offence of manslaughter committed with the use of a firearm depends on what the jury concluded about the accused's conduct. The trial judge in this case was required to find facts consistent with the jury's manslaughter verdict, to the extent that this was necessary to enable him to sentence the accused. The sentencing inquiry was shaped by a four-year mandatory minimum sentence prescribed by s. 236(*a*) of the *Criminal Code* and the only issues were whether the sentence should be more than four years, or whether the facts of the case were such that a four-year sentence would be grossly disproportionate. The trial judge correctly concluded that on the basis of the jury's verdict, he must find facts consistent with the jury's rejection of both self-defence and intent for murder. On the basis of the jury's rejection of intent for murder, the trial judge then properly concluded that the jury had found that when he fired the second shot, the accused neither intended to cause death nor bodily harm that he knew was likely to cause death. The trial judge, however, erred when he went on

— La réparation appropriée consiste-t-elle à déclarer en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 que la disposition législative prescrivant cette peine est incompatible avec la Charte?

Au cours d'une altercation avec un détenu incarcéré dans une cellule d'un détachement de la GRC, l'accusé, un agent de la GRC, a tué le détenu avec son arme à feu. Il a été accusé de meurtre au deuxième degré, mais un jury l'a reconnu coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Le juge lui a infligé une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour, malgré l'al. 236*a*) du *Code criminel* qui prévoit une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement en cas d'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu. Il a accordé à l'accusé une exemption constitutionnelle écartant la peine minimale obligatoire de quatre ans parce qu'il estimait que, dans les circonstances, la peine minimale obligatoire constituait une peine cruelle et inusitée contraire à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel, à la majorité, a annulé la sentence et jugé que la peine minimale devait être infligée.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Rien ne permet de conclure que la peine minimale de quatre ans prescrite par le législateur constitue une peine cruelle et inusitée compte tenu des faits de l'espèce. En l'absence d'une violation de l'art. 12 de la *Charte*, le juge du procès devait, dans les circonstances, appliquer la peine minimale de quatre ans. [29] [31]

La justesse de la peine minimale de quatre ans que le législateur a prescrite pour un homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu dépend des conclusions du jury quant à la conduite de l'accusé. Le juge du procès devait faire les constatations de fait compatibles avec le verdict d'homicide involontaire coupable rendu par le jury, dans la mesure où elles étaient nécessaires pour lui permettre de déterminer quelle peine infliger à l'accusé. L'analyse requise pour la détermination de la peine était fonction de la peine minimale obligatoire de quatre ans prescrite par l'al. 236*a*) du *Code criminel* et les seules questions pertinentes étaient celles de savoir si la peine devait être supérieure à quatre ans et si les faits de l'affaire étaient tels qu'une peine de quatre ans était exagérément disproportionnée. Le juge du procès a conclu à bon droit que le verdict rendu par le jury l'obligeait à faire les constatations de fait compatibles avec le rejet par celui-ci de la légitime défense et de l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre. Les jurés ayant écarté l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre, le juge du procès a eu raison de conclure qu'ils avaient estimé

to make detailed findings of fact on the accused's conduct and went beyond what was required to deal with the sentencing issues before him. It was not open to him to attempt to reconstruct the logical process of the jury and, more critically, to develop a theory to support the jury's verdict which was not only speculative, but contrary to the evidence. When the erroneous findings of the trial judge are set aside, no basis remains for concluding that the four-year mandatory minimum sentence prescribed by Parliament constitutes cruel and unusual punishment on the facts of this case. [15] [19-21] [24] [28]

In any event, a constitutional exemption is not an appropriate remedy for a s. 12 violation. If the law imposing a minimum sentence is found to be unconstitutional on the facts of a particular case, it should be declared inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The arguments for a constitutional exemption under s. 24(1) of the *Charter* are outweighed and undermined by counter-considerations. First, while the availability of constitutional exemptions for mandatory minimum sentencing laws has not been conclusively decided, the weight of authority thus far is against them and sounds a cautionary note. Second, since Parliament's intention in passing mandatory minimum sentence laws is to remove judicial discretion to impose a sentence below the stipulated minimum, to allow courts to grant constitutional exemptions for mandatory minimum sentences would directly contradict Parliament's intent and represent an inappropriate intrusion into the legislative sphere. Third, it is apparent that s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and s. 24(1) of the *Charter* serve different remedial purposes. Section 52(1) provides a remedy for laws that violate *Charter* rights either in purpose or in effect; s. 24(1), by contrast, provides a remedy for government acts that violate *Charter* rights. Fourth, constitutional exemptions for mandatory minimum sentence laws buy flexibility at the cost of undermining the rule of law and the values that underpin it: certainty, accessibility, intelligibility, clarity and predictability. Allowing unconstitutional laws to remain on the books deprives Parliament of certainty as to the constitutionality of the law in question and thus of the opportunity to remedy it. In granting constitutional exemptions, courts would be altering the state of the law on constitutional grounds without giving clear guidance to Parliament as to what the Constitution requires

que l'accusé n'avait pas l'intention de causer la mort ni d'infliger des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort lorsqu'il a tiré le second coup de feu. Le juge du procès a cependant commis une erreur en faisant d'autres constatations de fait détaillées au sujet de la conduite de l'accusé et est allé au-delà de ce qui était nécessaire pour trancher les questions pertinentes pour la détermination de la peine. Il ne pouvait ni tenter de reconstituer le raisonnement du jury ni, ce qui est plus grave, élaborer, au soutien du verdict du jury, une théorie qui non seulement reposait sur des hypothèses, mais allait à l'encontre de la preuve. Si l'on écarte les conclusions de fait erronées tirées par le juge du procès, plus rien ne permet de conclure que la peine minimale obligatoire de quatre ans prescrite par le législateur constitue une peine cruelle et inusitée compte tenu des faits de l'espèce. [15] [19-21] [24] [28]

Quoi qu'il en soit, l'exemption constitutionnelle n'est pas une réparation convenable en cas de violation de l'art. 12. Si une peine minimale est jugée inconstitutionnelle au regard des faits dans une cause particulière, elle doit être déclarée incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les arguments en faveur de l'octroi d'une exemption constitutionnelle en vertu du par. 24(1) de la *Charte* sont affaiblis et supplantés par des considérations contraires. Premièrement, même si la question de la possibilité de recourir à des exemptions constitutionnelles pour écarter l'application de dispositions prescrivant une peine minimale obligatoire n'a pas encore été résolue de façon définitive, la jurisprudence prépondérante ne tend pas, pour l'heure, à l'octroi de telles exemptions et incite à la prudence. Deuxièmement, puisque le législateur, en adoptant une disposition législative qui prescrit une peine minimale obligatoire, veut précisément retirer aux juges le pouvoir discrétionnaire d'infliger une peine inférieure à la peine minimale prescrite, permettre aux tribunaux d'accorder de telles exemptions constitutionnelles contrecarre directement l'intention du législateur et représente un empiètement injustifié sur le domaine législatif. Troisièmement, il est évident que les par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et 24(1) de la *Charte* visent des objets réparateurs différents. Le paragraphe 52(1) offre une réparation lorsque des dispositions législatives violent des droits garantis par la *Charte*, par leur objet ou par leur effet, tandis que le par. 24(1) offre un recours pour les actes gouvernementaux qui violent des droits garantis par la *Charte*. Quatrièmement, les exemptions constitutionnelles à l'égard des dispositions qui prescrivent une peine minimale obligatoire offrent la souplesse aux dépens de la primauté du droit et des valeurs qui la sous-tendent : la certitude, l'accessibilité, l'intelligibilité, la clarté et

in the circumstances. [13] [40] [48] [52-56] [61] [67-69] [73-74]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Morrisey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Birchall* (2001), 158 C.C.C. (3d) 340, 2001 BCCA 356; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84; *R. v. Brown*, [1991] 2 S.C.R. 518; *R. v. Braun* (1995), 95 C.C.C. (3d) 443; *R. v. Fiqia* (1994), 162 A.R. 117; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Lawrence* (1987), 58 C.R. (3d) 71; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Kelly* (1990), 59 C.C.C. (3d) 497; *R. v. Madeley* (2002), 160 O.A.C. 346; *R. v. Desjardins* (1996), 182 N.B.R. (2d) 321; *R. v. McGillivary* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407; *R. v. Netser* (1992), 70 C.C.C. (3d) 477; *R. v. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265; *R. v. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417; *R. v. Lapierre* (1998), 123 C.C.C. (3d) 332; *R. v. Chabot* (1992), 77 C.C.C. (3d) 371; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *R. v. Demers*, [2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12, 24.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 34(2), 220(*a*), 236(*a*), 718 to 718.2, 724(2), (3)(*d*), (*e*).

Authors Cited

Bingham, Lord. "The Rule of Law" (2007), 66 *Cambridge L.J.* 67.

la prévisibilité. Permettre que des dispositions législatives inconstitutionnelles demeurent dans le corpus législatif empêche le législateur de savoir avec certitude si la disposition législative en cause est constitutionnelle et, partant, le prive de la possibilité de la corriger. En accordant des exemptions constitutionnelles, les cours de justice modifieraient l'état du droit pour des motifs constitutionnels sans indiquer clairement au législateur ce que la Constitution exige dans les circonstances. [13] [40] [48] [52-56] [61] [67-69] [73-74]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Morrisey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Birchall* (2001), 158 C.C.C. (3d) 340, 2001 BCCA 356; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84; *R. c. Brown*, [1991] 2 R.C.S. 518; *R. c. Braun* (1995), 95 C.C.C. (3d) 443; *R. c. Fiqia* (1994), 162 A.R. 117; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Lawrence* (1987), 58 C.R. (3d) 71; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Kelly* (1990), 59 C.C.C. (3d) 497; *R. c. Madeley* (2002), 160 O.A.C. 346; *R. c. Desjardins* (1996), 182 R.N.-B. (2e) 321; *R. c. McGillivary* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407; *R. c. Netser* (1992), 70 C.C.C. (3d) 477; *R. c. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265; *R. c. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417; *R. c. Lapierre*, [1998] R.J.Q. 677; *R. c. Chabot*, [1992] R.J.Q. 2102; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 34(2), 220*a*), 236*a*), 718 à 718.2, 724(2), (3)*d*), *e*).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Doctrine citée

Bingham, Lord. « The Rule of Law » (2007), 66 *Cambridge L.J.* 67.

Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1969.
Rosenberg, Morris, and Stéphane Perrault. "Ifs and Buts in Charter Adjudication: The Unruly Emergence of Constitutional Exemptions in Canada" (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 375.
Sankoff, Peter. "Constitutional Exemptions: Myth or Reality?" (1999-2000), 11 *N.J.C.L.* 411.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fruman, Paperny and O'Brien JJ.A.) (2006), 65 Alta. L.R. (4th) 44, 397 A.R. 1, 384 W.A.C. 1, 212 C.C.C. (3d) 161, 41 C.R. (6th) 97, 145 C.R.R. (2d) 309, [2006] 12 W.W.R. 1, [2006] A.J. No. 1150 (QL), 2006 CarswellAlta 1216, 2006 ABCA 261, varying the sentence imposed by Hawco J. (2004), 39 Alta. L.R. (4th) 166, 372 A.R. 309, [2005] 4 W.W.R. 737, [2004] A.J. No. 1535 (QL), 2004 CarswellAlta 1780, 2004 ABQB 928. Appeal dismissed.

Noel C. O'Brien, Q.C., for the appellant.

Richard A. Saull and *Michael Conner*, for the respondent.

Robert J. Frater and *Nancy Dennison*, for the intervener the Attorney General of Canada.

David Finley and *Kimberley Crosbie*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jean-Vincent Lacroix and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Andrew K. Lokan and *Caroline V. Jones*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] This appeal raises two questions. First, does imposition of the four-year mandatory minimum sentence for manslaughter with a firearm constitute cruel and unusual punishment contrary to s. 12

Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, 2nd ed. New Haven : Yale University Press, 1969.
Rosenberg, Morris, and Stéphane Perrault. « Ifs and Buts in Charter Adjudication : The Unruly Emergence of Constitutional Exemptions in Canada » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 375.
Sankoff, Peter. « Constitutional Exemptions : Myth or Reality? » (1999-2000), 11 *R.N.D.C.* 411.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Fruman, Paperny et O'Brien) (2006), 65 Alta. L.R. (4th) 44, 397 A.R. 1, 384 W.A.C. 1, 212 C.C.C. (3d) 161, 41 C.R. (6th) 97, 145 C.R.R. (2d) 309, [2006] 12 W.W.R. 1, [2006] A.J. No. 1150 (QL), 2006 CarswellAlta 1216, 2006 ABCA 261, modifiant la peine infligée par le juge Hawco (2004), 39 Alta. L.R. (4th) 166, 372 A.R. 309, [2005] 4 W.W.R. 737, [2004] A.J. No. 1535 (QL), 2004 CarswellAlta 1780, 2004 ABQB 928. Pourvoi rejeté.

Noel C. O'Brien, c.r., pour l'appelant.

Richard A. Saull et *Michael Conner*, pour l'intimée.

Robert J. Frater et *Nancy Dennison*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

David Finley et *Kimberley Crosbie*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean-Vincent Lacroix et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Andrew K. Lokan et *Caroline V. Jones*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Le pourvoi soulève deux questions. Premièrement, infliger la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prévue pour un homicide involontaire coupable avec usage

of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the circumstances of this case? Second, can an offender who demonstrates that a mandatory minimum sentence would constitute cruel and unusual punishment in his case obtain a stand-alone constitutional exemption from the application of that minimum sentence?

[2] I conclude that the answer to both questions is no. On the facts of this case, the minimum sentence imposed by s. 236(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is not grossly disproportionate and so does not constitute cruel and unusual punishment in violation of s. 12 of the *Charter*. In any event, a constitutional exemption is not an appropriate remedy for a s. 12 violation. If a minimum sentence is found to be unconstitutional on the facts of a particular case, the law imposing the sentence is inconsistent with the *Charter* and therefore falls under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

II. Facts and Procedural History

[3] This case arises out of the fatal shooting of Darren Varley by an RCMP officer, in the small town of Pincher Creek in southwestern Alberta, while he was being held in a cell at the RCMP detachment. The RCMP officer who shot Mr. Varley, Michael Esty Ferguson, was charged with second-degree murder but convicted by a jury of the lesser offence of manslaughter. The judge imposed a conditional sentence of two years less a day, notwithstanding the mandatory minimum sentence of four years imposed by s. 236(*a*) of the *Criminal Code* for manslaughter with a firearm ((2004), 39 Alta. L.R. (4th) 166, 2004 ABQB 928). The majority of the Alberta Court of Appeal overturned that sentence, and held that the mandatory minimum must be imposed ((2006), 65 Alta. L.R. (4th) 44, 2006 ABCA 261). Constable Ferguson appeals to this Court, contending that a four-year sentence in the circumstances would constitute cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter*, and that the trial judge was right to grant him a

d'une arme à feu équivaut-il, dans les circonstances de l'espèce, à infliger une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Deuxièmement, le contrevenant qui démontre qu'une peine minimale obligatoire constituerait une peine cruelle et inusitée dans son cas peut-il obtenir une exemption constitutionnelle autonome écartant l'application de cette peine minimale?

[2] Je conclus que ces deux questions doivent recevoir une réponse négative. Eu égard aux faits de l'affaire, la peine minimale prévue à l'al. 236*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, n'est pas exagérément disproportionnée et ne constitue pas une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la *Charte*. Quoi qu'il en soit, l'exemption constitutionnelle n'est pas une réparation convenable en cas de violation de l'art. 12. En effet, si une peine minimale est jugée inconstitutionnelle au regard des faits en cause, la disposition qui prescrit cette peine est incompatible avec la *Charte* et tombe, par conséquent, sous le coup de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

II. Faits et historique des procédures judiciaires

[3] L'affaire découle de la mort de Darren Varley, qui a été abattu par un agent de la Gendarmerie royale du Canada, pendant qu'il était détenu dans une cellule au détachement de la GRC à Pincher Creek, une petite ville du sud-ouest de l'Alberta. Michael Esty Ferguson, l'agent qui a abattu M. Varley, a été accusé de meurtre au deuxième degré, mais un jury l'a reconnu coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Le juge lui a infligé une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour, malgré l'al. 236*a*) du *Code criminel* qui prévoit une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement en cas d'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu ((2004), 39 Alta. L.R. (4th) 166, 2004 ABQB 928). La Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, a annulé cette sentence et a statué que la peine minimale devait être infligée ((2006), 65 Alta. L.R. (4th) 44, 2006 ABCA 261). Le gendarme Ferguson se pourvoit devant notre Cour, faisant valoir que, dans les circonstances, une

constitutional exemption from the four-year minimum sentence imposed by Parliament.

[4] The events leading to the shooting of Mr. Varley may be briefly summarized. On the evening of October 2, 1999, Darren Varley went to Leo's bar in Pincher Creek to socialize with friends. He met up with his fiancée, Chandelle Bachand, and his sister, Alaine Varley. At some point, unnoticed by Mr. Varley, Ms. Bachand left the bar. Later in the evening, Mr. Varley and his friend Rod Tuckey became involved in a fight with a number of persons in the bar's parking lot, because he believed Ms. Bachand had gotten into a van with strangers. Mr. Tuckey required medical attention and was taken to hospital by Pat Bitango and Sarah Weatherill. Mr. Varley stayed behind to search for Ms. Bachand, with the help of his sister.

[5] Around 3:30 in the morning of October 3, Darren Varley and Alaine Varley arrived at Pincher Creek Hospital to visit Mr. Tuckey. Mr. Varley remained concerned about the whereabouts of his fiancée. The security officer on duty, Earl Langille, called the RCMP and Mr. Varley spoke to the RCMP Telecoms Operator. As a result of this call, Constable Ferguson was dispatched to the hospital, where he met Darren Varley, Alaine Varley, Sarah Weatherill, Pat Bitango, and Earl Langille in the lobby. Mr. Varley, who was intoxicated, insistently demanded that Constable Ferguson take action to find his fiancée. Constable Ferguson grabbed Mr. Varley and, according to the testimony of witnesses, punched him in the jaw and forced him to the ground. Constable Ferguson handcuffed Mr. Varley and took him to the police cruiser. Alaine Varley repeatedly asked Constable Ferguson to release Mr. Varley into her custody, but he refused.

[6] After placing Mr. Varley in the police cruiser, Constable Ferguson returned to the hospital. Left

peine de quatre ans d'emprisonnement constituerait une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la *Charte,* et que c'est à juste titre que le juge du procès lui a accordé une exemption constitutionnelle écartant l'application de la peine minimale de quatre ans prescrite par le législateur.

[4] Les événements ayant mené à la mort par balle de M. Varley peuvent être résumés brièvement. Pendant la soirée du 2 octobre 1999, Darren Varley s'est rendu au bar Leo's à Pincher Creek pour y rencontrer des amis. Il y a retrouvé sa fiancée, Chandelle Bachand, et sa sœur, Alaine Varley. À un certain moment, à l'insu de M. Varley, M^me^ Bachand a quitté le bar. Plus tard au cours de la soirée, M. Varley et son ami Rod Tuckey se sont battus avec plusieurs personnes dans le stationnement du bar, parce qu'il croyait que M^me^ Bachand était montée à bord d'une fourgonnette avec des inconnus. Son état requérant des soins médicaux, M. Tuckey a été emmené à l'hôpital par Pat Bitango et Sarah Weatherill. Monsieur Varley est resté sur place pour tenter de retrouver M^me^ Bachand avec l'aide de sa sœur.

[5] Aux environs de 3 h 30 le 3 octobre, Darren et Alaine Varley sont arrivés à l'hôpital de Pincher Creek pour rendre visite à M. Tuckey. Monsieur Varley était encore inquiet, parce qu'il ne savait pas où se trouvait sa fiancée. Earl Langille, l'agent de sécurité de service à ce moment-là, a téléphoné à la GRC dont l'opérateur en télécommunication s'est entretenu avec M. Varley. Par suite de cet appel, le gendarme Ferguson a été envoyé à l'hôpital où il a rencontré Darren Varley, Alaine Varley, Sarah Weatherill, Pat Bitango et Earl Langille dans le hall. Monsieur Varley, qui était ivre, a demandé avec insistance au gendarme Ferguson de prendre des mesures pour trouver sa fiancée. Le gendarme Ferguson a empoigné M. Varley et, selon des témoins, lui a donné un coup de poing à la mâchoire et l'a plaqué au sol. Il lui a passé les menottes et l'a emmené à la voiture de patrouille. Alaine Varley a demandé plusieurs fois en vain au gendarme Ferguson de lui confier M. Varley.

[6] Après avoir fait monter M. Varley à bord de la voiture de patrouille, le gendarme Ferguson est

alone, Mr. Varley kicked in the window of the police cruiser. On returning, Constable Ferguson drove Mr. Varley to the detachment. Constable Ferguson booked Mr. Varley and the two entered the cell area with the assistance of the booking officer. After opening Mr. Varley's cell, the booking officer walked back to his desk, a few feet away, and Constable Ferguson entered the cell with Mr. Varley. Within a few seconds, Mr. Varley was shot twice: first, non-fatally, in the stomach, and then, fatally, in the head. Up to three seconds elapsed between the first and second shot. Constable Ferguson emerged from the cell and telephoned an off-duty colleague. Mr. Varley died from the second shot after having been transported to Calgary Foothills Hospital by air ambulance. Constable Ferguson testified that Mr. Varley attacked him when he entered the cell, pulling his bulletproof vest over his head and face and grabbing his firearm from its holster. At trial, he testified that he and Mr. Varley were still struggling for the gun when the shots went off. However, in an earlier statement, supported by expert evidence and accepted by the trial judge for sentencing purposes, Constable Ferguson said that he had regained control of the gun when the shots were fired.

retourné à l'hôpital. Laissé seul, M. Varley a donné des coups de pied dans la vitre de la voiture de patrouille. À son retour, le gendarme Ferguson a emmené M. Varley au détachement, a procédé à sa mise en détention, puis est entré avec lui dans la section des cellules en compagnie de l'agent responsable des mises en détention. Après avoir ouvert la porte de la cellule de M. Varley, l'agent est retourné à son bureau, situé quelques pieds plus loin. Le gendarme Ferguson est alors entré dans la cellule avec M. Varley. En quelques secondes, M. Varley a été atteint de deux balles : la première lui a causé une blessure non mortelle à l'estomac, la seconde l'a blessé mortellement à la tête. Jusqu'à trois secondes se sont écoulées entre le premier et le deuxième coup de feu. Le gendarme Ferguson est sorti de la cellule et a téléphoné à un collègue qui n'était pas en service. Monsieur Varley est mort des suites de sa deuxième blessure après avoir été transporté au Foothills Hospital de Calgary par ambulance aérienne. Selon le gendarme Ferguson, au moment où il est entré dans la cellule, M. Varley l'a attaqué, lui a remonté son gilet pare-balles sur la tête et le visage et a saisi son arme qui était dans son étui. Au procès, il a déclaré qu'il luttait encore avec M. Varley pour récupérer l'arme lorsque les coups sont partis. Cependant, dans une déclaration antérieure, étayée par la preuve d'expert et acceptée par le juge du procès aux fins de détermination de la peine, le gendarme Ferguson a dit qu'il avait repris la maîtrise de l'arme lorsque les coups de feu ont été tirés.

III. Issues

[7] 1. Does imposition of the four-year minimum sentence imposed by s. 236(*a*) of the *Criminal Code* constitute cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter* in the circumstances of this case?

2. If so, was the trial judge entitled to grant a constitutional exemption from the four-year minimum and to impose a lesser sentence?

III. Questions en litige

[7] 1. Dans les circonstances de l'espèce, infliger la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement prévue à l'al. 236*a*) du *Code criminel* équivaut-il à infliger une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la *Charte*?

2. Dans l'affirmative, le juge du procès pouvait-il accorder une exemption constitutionnelle écartant l'application de la peine minimale de quatre ans et infliger une peine moins lourde?

IV. Analysis

1. *Does imposition of the four-year minimum sentence imposed by s. 236(a) of the Criminal Code constitute cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the Charter in the circumstances of this case?*

[8] Section 236(*a*) imposes a four-year minimum sentence for manslaughter with a firearm:

236. Every person who commits manslaughter is guilty of an indictable offence and liable

(*a*) where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years;

[9] Constable Ferguson argues that imposing the minimum sentence in his case violates s. 12 of the *Charter*, which provides a guarantee against cruel and unusual punishment:

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

[10] This Court has held that the four-year mandatory minimum sentence for criminal negligence causing death with a firearm (s. 220(*a*) of the *Criminal Code*) is not unconstitutional: *R. v. Morrisey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39. In so holding, the Court applied the reasonable hypotheticals analysis of cases that might be expected to arise, developed in *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485. Here we are concerned with the mandatory minimum sentence imposed by s. 236(*a*) for a different offence, manslaughter committed with the use of a firearm.

[11] As Arbour J. indicated in her concurring opinion in *Morrisey* (para. 61), there is considerable overlap between unlawful act manslaughter, which is the offence we are dealing with in this case, and criminal negligence causing death, which was the offence before the Court in *Morrisey*. The British Columbia Court of Appeal has taken this

IV. Analyse

1. *Dans les circonstances de l'espèce, infliger la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement prévue à l'al. 236a) du Code criminel équivaut-il à infliger une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la Charte?*

[8] L'alinéa 236*a*) prévoit une peine minimale de quatre ans d'emprisonnement pour un homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu :

236. Quiconque commet un homicide involontaire coupable est coupable d'un acte criminel passible :

a) s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans;

[9] Le gendarme Ferguson soutient que le fait de lui infliger cette peine minimale, dans son cas particulier, contrevient à l'art. 12 de la *Charte*, qui le protège contre les peines cruelles et inusitées :

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

[10] Notre Cour a jugé que la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement pour négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu (al. 220*a*) du *Code criminel*) n'est pas inconstitutionnelle : *R. c. Morrisey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39. Dans cet arrêt, la Cour a appliqué l'analyse des situations hypothétiques raisonnables susceptibles de se présenter, élaborée dans *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485. En l'espèce, il est question de la peine minimale obligatoire prescrite par l'al. 236*a*) pour une infraction différente, soit l'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu.

[11] Comme l'a mentionné la juge Arbour dans son opinion concordante dans *Morrisey* (par. 61), il y a beaucoup de recoupements entre l'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal, l'infraction qui nous intéresse, et la négligence criminelle causant la mort, celle dont il était question dans *Morrisey*. La Cour d'appel de la

fact into account in upholding the constitutionality of s. 236(*a*): *R. v. Birchall* (2001), 158 C.C.C. (3d) 340, 2001 BCCA 356. Constable Ferguson's argument at sentencing and in the Court of Appeal appears to have implicitly accepted that, as a matter of precedent, s. 236(*a*) does not violate s. 12 of the *Charter*.

[12] Constable Ferguson relies instead on Arbour J.'s concurring remarks in *Morrisey* to the effect that, given the wide range of circumstances under which the offences of unlawful act manslaughter and criminal negligence causing death can be committed, it is not possible to conclude on the basis of a reasonable hypotheticals analysis that the mandatory minimum sentence will be constitutional in every possible application. He argues that *Morrisey* should be read as having held that s. 220(*a*) and s. 236(*a*) are constitutional only in most of their applications, and that a constitutional exemption should be granted in those rare cases where applying the sentence would lead to an unconstitutional result.

[13] I have concluded that a constitutional exemption is not an appropriate remedy for a mandatory minimum sentence that results in a sentence that violates s. 12. This does not imply, however, that no remedy is available in the case of a mandatory minimum sentence that brings about an unconstitutional result — for instance, in circumstances not previously considered as part of a reasonable hypotheticals analysis. If a mandatory minimum sentence would create an unconstitutional result in a particular case, the minimum sentence must be struck down. It is therefore necessary to consider whether imposition of the mandatory minimum sentence provided for in s. 236(*a*) would result in cruel and unusual punishment on the facts of Constable Ferguson's case.

[14] The test for whether a particular sentence constitutes cruel and unusual punishment is

Colombie-Britannique a tenu compte de ce facteur lorsqu'elle a confirmé la constitutionnalité de l'al. 236*a*) : *R. c. Birchall* (2001), 158 C.C.C. (3d) 340, 2001 BCCA 356. Dans son argumentation, tant à l'audience de détermination de la peine que devant la Cour d'appel, le gendarme Ferguson semble avoir implicitement tenu pour acquis que, selon la jurisprudence, l'al. 236*a*) ne contrevient pas à l'art. 12 de la *Charte*.

[12] Le gendarme Ferguson fonde plutôt son argumentation sur les remarques concordantes formulées par la juge Arbour dans *Morrisey* selon lesquelles, compte tenu du vaste éventail de circonstances dans lesquelles les infractions d'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal et de négligence criminelle causant la mort peuvent être commises, il est impossible d'affirmer, à partir d'une analyse des situations hypothétiques raisonnables, que la peine minimale obligatoire sera constitutionnelle dans toutes les situations possibles. Le gendarme Ferguson plaide qu'il faut comprendre de l'arrêt *Morrisey* que les al. 220*a*) et 236*a*) ne sont constitutionnels que dans la plupart des cas où ils sont appliqués, et qu'une exemption constitutionnelle devrait être accordée dans les rares occasions où l'infliction de la peine entraînerait un résultat inconstitutionnel.

[13] J'ai conclu qu'une exemption constitutionnelle n'est pas une réparation convenable à l'égard d'une peine minimale obligatoire entraînant une peine contraire à l'art. 12. Cela ne signifie pas qu'il n'existe aucune réparation lorsqu'une peine minimale obligatoire aboutit à un résultat inconstitutionnel — par exemple, dans des circonstances qui n'auraient pas déjà été envisagées dans une analyse des situations hypothétiques raisonnables. Si une telle peine entraînait un résultat inconstitutionnel dans un cas particulier, il faudrait invalider la peine minimale. Par conséquent, il est nécessaire de se demander si infliger la peine minimale obligatoire prescrite à l'al. 236*a*) équivaudrait à infliger une peine cruelle et inusitée dans le cas du gendarme Ferguson.

[14] Pour décider si une peine donnée est cruelle et inusitée, il faut se demander si elle est

whether the sentence is grossly disproportionate: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045. As this Court has repeatedly held, to be considered grossly disproportionate, the sentence must be more than merely excessive. The sentence must be "so excessive as to outrage standards of decency" and disproportionate to the extent that Canadians "would find the punishment abhorrent or intolerable": *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84, at para. 4, citing *Smith*, at p. 1072, and *Morrisey*, at para. 26. The question thus becomes: is a four-year sentence of imprisonment grossly disproportionate to the offence of manslaughter as committed by Constable Ferguson?

[15] The appropriateness of a sentence is a function of the purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code* as applied to the facts that led to the conviction. It follows that the appropriateness of the minimum sentence of four years that Parliament has prescribed for Constable Ferguson's offence depends on what the jury concluded about Constable Ferguson's conduct.

[16] This poses a difficulty in a case such as this, since, unlike a judge sitting alone, who has a duty to give reasons, the jury gives only its ultimate verdict. The sentencing judge therefore must do his or her best to determine the facts necessary for sentencing from the issues before the jury and from the jury's verdict. This may not require the sentencing judge to arrive at a complete theory of the facts; the sentencing judge is required to make only those factual determinations necessary for deciding the appropriate sentence in the case at hand.

[17] Two principles govern the sentencing judge in this endeavour. First, the sentencing judge "is bound by the express and implied factual implications of the jury's verdict": *R. v. Brown*, [1991] 2 S.C.R. 518, p. 523. The sentencing judge "shall accept as proven all facts, express or implied, that are essential to the jury's verdict of guilty" (*Criminal Code*, s. 724(2)(*a*)), and must not accept as fact any evidence consistent only with a verdict

exagérément disproportionnée : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045. Notre Cour a conclu à maintes reprises qu'il ne suffit pas qu'une peine soit excessive pour être jugée exagérément disproportionnée. Elle doit être « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » et disproportionnée au point où les Canadiens « considéreraient cette peine odieuse ou intolérable » : *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84, par. 4, citant *Smith* à la p. 1072 et *Morrisey* au par. 26. La question devient donc la suivante : une peine de quatre ans d'emprisonnement est-elle exagérément disproportionnée par rapport à l'infraction d'homicide involontaire coupable commise par le gendarme Ferguson?

[15] La justesse d'une peine est fonction des objectifs et principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel*, appliqués aux faits ayant mené à la déclaration de culpabilité. Par conséquent, la justesse de la peine minimale de quatre ans que le législateur a prescrite pour l'infraction commise par le gendarme Ferguson dépend des conclusions tirées par le jury quant à la conduite de ce dernier.

[16] Cette situation crée cependant une difficulté dans un cas comme celui qui nous occupe puisque, contrairement au juge siégeant seul, qui est tenu de motiver sa décision, le jury ne rend que son verdict final. Le juge qui détermine la peine doit donc s'efforcer de dégager, à partir des questions soumises au jury et du verdict rendu par celui-ci, les faits nécessaires pour la détermination de la peine. Cette tâche n'oblige pas nécessairement le juge qui prononce la sentence à élaborer une théorie complète concernant les faits, puisqu'il n'est tenu de tirer que les conclusions factuelles nécessaires pour décider de la peine appropriée dans le cas dont il est saisi.

[17] Le juge chargé de la détermination de la peine s'acquitte de cette tâche en suivant deux principes. Premièrement, il « est li[é] par la base factuelle expresse ou implicite du verdict du jury » : *R. c. Brown*, [1991] 2 R.C.S. 518, p. 523. Il « considère comme prouvés tous les faits, exprès ou implicites, essentiels au verdict de culpabilité qu'a rendu le jury » (*Code criminel*, al. 724(2)*a*)), et il ne doit pas considérer comme un fait tout élément de preuve

rejected by the jury: *Brown*; *R. v. Braun* (1995), 95 C.C.C. (3d) 443 (Man. C.A.).

[18] Second, when the factual implications of the jury's verdict are ambiguous, the sentencing judge should not attempt to follow the logical process of the jury, but should come to his or her own independent determination of the relevant facts: *Brown*; *R. v. Fiqia* (1994), 162 A.R. 117 (C.A.). In so doing, the sentencing judge "may find any other relevant fact that was disclosed by evidence at the trial to be proven" (s. 724(2)(*b*)). To rely upon an aggravating fact or previous conviction, the sentencing judge must be convinced of the existence of that fact or conviction beyond a reasonable doubt; to rely upon any other relevant fact, the sentencing judge must be persuaded on a balance of probabilities: ss. 724(3)(*d*) and 724(3)(*e*); see also *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Lawrence* (1987), 58 C.R. (3d) 71 (Ont. H.C.). It follows from the purpose of the exercise that the sentencing judge should find only those facts necessary to permit the proper sentence to be imposed in the case at hand. The judge should first ask what the issues on sentencing are, and then find such facts as are necessary to deal with those issues.

[19] Following these principles, the trial judge in this case was required to find facts, consistent with the jury's manslaughter verdict, to the extent that this was necessary to enable him to sentence Constable Ferguson. The sentencing inquiry was shaped by s. 236(*a*)'s prescription of a four-year mandatory minimum sentence. The only issues were whether the sentence should be more than four years, as the Crown contended, and whether the facts of the case were such that a four-year sentence would be grossly disproportionate, as Constable Ferguson contended.

[20] The trial judge correctly turned his mind to the basis on which he had instructed the jury

qui n'est compatible qu'avec un verdict rejeté par le jury : *Brown*; *R. c. Braun* (1995), 95 C.C.C. (3d) 443 (C.A. Man.).

[18] Deuxièmement, lorsque la base factuelle du verdict rendu par le jury est ambiguë, le juge qui détermine la peine ne doit pas tenter de suivre le raisonnement du jury, mais il doit plutôt tirer ses propres conclusions concernant les faits pertinents : *Brown*; *R. c. Fiqia* (1994), 162 A.R. 117 (C.A.). Ce faisant, il peut, « à l'égard des autres faits pertinents qui ont été révélés lors du procès [. . .] les accepter comme prouvés » (al. 724(2)*b*)). Pour s'appuyer sur un fait aggravant ou une condamnation antérieure, le juge qui détermine la peine doit être convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de ce fait ou de cette condamnation; pour se fonder sur tout autre fait pertinent, il doit être convaincu de l'existence de ce fait par une preuve prépondérante : al. 724(3)*d*) et *e*); voir aussi *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Lawrence* (1987), 58 C.R. (3d) 71 (H.C. Ont.). Il ressort de cette démarche que le juge du procès ne doit s'appuyer que sur les constatations de fait nécessaires pour lui permettre d'infliger la peine appropriée dans l'affaire dont il est saisi. Il doit d'abord se demander quelles sont les questions pertinentes pour la détermination de la peine et, ensuite, faire les constatations de fait nécessaires pour trancher ces questions.

[19] Conformément à ces principes, le juge du procès devait, en l'espèce, faire les constatations de fait compatibles avec le verdict d'homicide involontaire coupable rendu par le jury, dans la mesure où elles étaient nécessaires pour lui permettre de déterminer quelle peine infliger au gendarme Ferguson. L'analyse requise pour la détermination de la peine était fonction de la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prescrite par l'al. 236*a*). Les seules questions pertinentes étaient celles de savoir si la peine devait être supérieure à quatre ans, ainsi que le prétendait le ministère public, et si les faits de l'affaire étaient tels qu'une peine de quatre ans était exagérément disproportionnée, ainsi que le soutenait le gendarme Ferguson.

[20] Le juge du procès a porté à juste titre son attention sur les éléments qu'il avait indiqués au

it could reach a verdict of manslaughter. The trial judge had instructed the jury that if it rejected both self-defence and intent for murder (intent to cause death or bodily harm likely to cause death), it must reach a verdict of manslaughter. The trial judge did not leave any other basis for a manslaughter verdict with the jury. Hence the trial judge correctly concluded that on the basis of the jury's verdict, he must find facts consistent with the jury's rejection of both self-defence and intent for murder. On the basis of the jury's rejection of intent for murder, the trial judge properly concluded that the jury had found that when he fired the second shot, Constable Ferguson neither intended to cause death nor bodily harm that he knew was likely to cause death.

jury, dans ses directives, comme susceptibles de fonder un verdict d'homicide involontaire coupable. Il avait précisé au jury que, s'il rejetait à la fois la légitime défense et l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre (l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles de nature à causer la mort), il devait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable. Le juge du procès n'a indiqué au jury aucun autre motif pouvant justifier un tel verdict. Voilà pourquoi il a conclu à bon droit que le verdict rendu par le jury l'obligeait à faire les constatations de fait compatibles avec le rejet par celui-ci de la légitime défense et de l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre. Les jurés ayant écarté l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre, le juge du procès a eu raison de conclure qu'ils avaient estimé que le gendarme Ferguson n'avait pas l'intention de causer la mort ni d'infliger des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort lorsqu'il a tiré le second coup de feu.

[21] However, the trial judge did not stop with these conclusions. He went on to make detailed findings of fact on Constable Ferguson's conduct. It was open to him under s. 724(2)(*b*) of the *Criminal Code* to supplement the jury's findings insofar as this was necessary for sentencing purposes. However, it was not open to him to go beyond what was required to deal with the sentencing issues before him, or to attempt to reconstruct the logical process of the jury: *Brown*; *Fiqia*. Nor was it open to him to find facts inconsistent with the jury's verdict or the evidence; a trial judge must never do this. The trial judge in the case at bar committed both these errors.

[21] Cependant, le juge du procès ne s'en est pas tenu à ces conclusions. Il a fait d'autres constatations de fait détaillées au sujet de la conduite du gendarme Ferguson. Il pouvait, en application de l'al. 724(2)*b*) du *Code criminel*, compléter les conclusions du jury uniquement dans la mesure où cela était nécessaire pour prononcer la sentence. Toutefois, il ne pouvait pas aller au-delà de ce qui était nécessaire pour trancher les questions pertinentes pour la détermination de la peine, ni tenter de reconstituer le raisonnement du jury : *Brown*; *Fiqia*. Il ne pouvait pas non plus faire de constatation de fait incompatible avec le verdict rendu par le jury ou avec la preuve, ce dont un juge du procès doit toujours s'abstenir. Or, en l'espèce, le juge du procès a commis ces deux erreurs.

[22] First, the trial judge erred in attempting to reconstruct the logical reasoning of the jury. The law holds that the trial judge must not do this, and for good reason. Jurors may arrive at a unanimous verdict for different reasons and on different theories of the case: *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652. It is speculative and artificial to attribute a single set of factual findings to the jury, unless it is clear

[22] Premièrement, le juge du procès a commis une erreur en tentant de reconstituer le raisonnement du jury. Le droit n'autorise pas le juge du procès à procéder à cet exercice, et ce, pour une bonne raison. Les jurés peuvent arriver à un verdict unanime en s'appuyant sur des raisons différentes et sur des thèses différentes concernant l'affaire : *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652.

that the jury must unanimously have found those facts. Where any ambiguity on this exists, the trial judge should consider the evidence and make his or her own findings of fact consistent with the evidence and the jury's findings.

[23] Here the trial judge, having properly concluded that the jury must have rejected self-defence and intent for murder, went on to attempt to reconstruct further facts that may or may not reflect what was in the mind of the jurors. First, he found that the jury must have concluded that the first shot had been fired in self-defence. Although there is evidence capable of supporting such a finding, this finding was not required by the jury's verdict. The jury's verdict does not unequivocally indicate a particular characterization of the two shots. Indeed, the jury was not asked to make a finding one way or the other about the first shot. The Crown based its case on the second shot, presumably because the evidence was that the second shot caused death, and the first shot did not. The trial judge should have considered all the evidence in order to make his own findings of fact consistent with the jury's verdict to the extent they were relevant to the two issues before him.

[24] Second, and more critically, the trial judge went on to develop a theory to support the jury's verdict which was not only speculative, but contrary to the evidence. This theory was that Constable Ferguson's second shot was instantaneous and instinctive, the virtually automatic result of his police training. The theory rests on the premise that Constable Ferguson was following training that made the second shot following on a first self-defence shot a matter of instinctive reaction rather than conscious decision. Based on this theory, the trial judge found as a fact that Constable Ferguson was not acting in anger when he fired the second

Attribuer un seul ensemble de conclusions factuelles à tous les jurés relève de l'hypothèse et de la fiction, sauf s'il est clair que ces constatations de fait ont inévitablement fait l'unanimité. Devant une ambiguïté, le juge du procès doit examiner la preuve et faire ses propres constatations de fait compatibles avec la preuve et les conclusions du jury.

[23] En l'espèce, après avoir conclu à juste titre que le jury avait nécessairement rejeté la légitime défense et l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre, le juge du procès a tenté de reconstituer d'autres faits qui pouvaient être conformes ou non à ce que les jurés avaient à l'esprit. Premièrement, il a estimé que le jury devait avoir conclu que le premier coup de feu avait été tiré en légitime défense. Il existait certes des éléments de preuve permettant d'étayer une telle conclusion, mais celle-ci n'était pas nécessaire au verdict rendu par le jury. Le verdict du jury n'indique pas de manière non équivoque une qualification particulière des deux coups de feu. En effet, le jury n'était pas appelé à trancher dans un sens ou dans l'autre quant au premier coup de feu. La cause du ministère public reposait sur le second coup de feu, vraisemblablement parce que la preuve démontrait que c'était celui-ci, et non le premier, qui avait causé la mort. Le juge du procès aurait dû examiner tous les éléments de preuve afin de faire ses propres constatations de fait compatibles avec le verdict du jury, dans la mesure où elles étaient pertinentes pour trancher les deux questions dont il était saisi.

[24] Deuxièmement, et ce qui est plus grave, le juge du procès a élaboré, au soutien du verdict du jury, une théorie qui non seulement reposait sur des hypothèses, mais allait en outre à l'encontre de la preuve. Selon cette théorie, le gendarme Ferguson aurait tiré le second coup de feu instantanément et instinctivement, une réaction quasi automatique résultant de l'entraînement qu'il a reçu en tant que policier. Cette théorie repose sur l'hypothèse selon laquelle le gendarme Ferguson a simplement mis en pratique l'entraînement reçu, de sorte que le second coup de feu, suivant un premier coup de feu tiré en légitime défense,

shot, but in response to his training. This finding was critical to the trial judge's conclusion that the minimum sentence of four years prescribed by s. 236(*a*) of the *Criminal Code* constituted cruel and unusual punishment, violating s. 12 of the *Charter*.

[25] There are two problems with this crucial finding. First, it is inconsistent with the trial judge's other conclusions as well as with the jury's verdict. As the Court of Appeal noted, the instantaneous and instinctive shot theory contradicts the trial judge's conclusion that the first shot was fired in self-defence and the second was not, a conclusion that requires that the two shots be regarded as two separate transactions to be evaluated individually according to the criteria for self-defence in *Criminal Code*, s. 34(2). The instantaneous and instinctive theory, on the other hand, rests on the premise that the second shot was a virtual continuation of the first shot, motivated by the same mental state, namely self-defence. Had the trial judge found that the second shot was instantaneous and instinctive, he should have considered the two shots together as a single transaction, and would have been required by the jury's verdict to hold that this transaction, in its entirety, did not constitute self-defence.

[26] Second, the instantaneous and instinctive explanation for the second and fatal shot does not sit comfortably with uncontradicted evidence relating to the circumstances of the shooting. The booking officer estimated the time between the two shots at up to three seconds, as did the inmate in the next cell, Herman No Chief. While the length of the interval between the two shots may be difficult to determine with precision, it seems clear that there was an interval. This was not a case of immediately successive shots. This is supported by the fact that

résultait d'une réaction instinctive plutôt que d'une décision consciente. Se fondant sur cette théorie, le juge du procès a considéré que le gendarme Ferguson n'avait pas tiré le second coup de feu sous l'effet de la colère, mais plutôt comme il avait été entraîné à le faire. Cette constatation du juge du procès a été cruciale dans sa décision portant que la peine minimale de quatre ans prescrite par l'al. 236*a*) du *Code criminel* constituait une peine cruelle et inusitée contrevenant à l'art. 12 de la *Charte*.

[25] Cette constatation cruciale du juge du procès pose problème à deux égards. Tout d'abord, elle est incompatible avec les autres conclusions qu'il a tirées et avec le verdict du jury. Ainsi que l'a fait remarquer la Cour d'appel, la théorie selon laquelle le coup de feu aurait été instantané et instinctif contredit la conclusion du juge du procès voulant que le premier coup de feu ait été tiré en légitime défense, mais non le deuxième, une conclusion qui oblige à considérer les deux coups de feu comme deux actes distincts, devant être examinés séparément au regard des critères de la légitime défense énoncés au par. 34(2) du *Code criminel*. La théorie du coup de feu instantané et instinctif repose au contraire sur l'hypothèse voulant que le second coup de feu ait été la suite virtuelle du premier et ait été motivé par le même état d'esprit, c'est-à-dire la légitime défense. Si le juge du procès avait estimé que le deuxième coup de feu avait été tiré de manière instantanée et instinctive, il aurait dû considérer que les deux coups de feu constituaient un seul et même acte et, vu le verdict du jury, il aurait dû conclure que cet acte, pris comme un tout, ne constituait pas de la légitime défense.

[26] Ensuite, l'explication selon laquelle le second coup de feu — qui a été mortel — a été tiré de manière instinctive et instantanée ne cadre pas bien avec la preuve non contredite relative aux circonstances de la fusillade. L'agent responsable des mises en détention, tout comme le détenu dans la cellule voisine, Herman No Chief, a estimé qu'il s'était écoulé jusqu'à trois secondes entre les deux coups de feu. Bien qu'il puisse être difficile de déterminer avec précision combien de temps s'est écoulé entre les deux coups de feu, il semble qu'il y ait bel et bien

Constable Ferguson's firearm did not permit rapid, automatic second shots.

[27] The finding that Constable Ferguson's second shot was not a matter of anger or judgment, but simply a matter of training, is a vital component of the trial judge's conclusion that Constable Ferguson was at the very low end of the spectrum of moral blameworthiness, such that four years' imprisonment would be grossly disproportionate and intolerable to an informed public, and so would violate s. 12 of the *Charter*. It follows that his conclusion that the four-year minimum sentence was unconstitutional in this case is fatally flawed.

[28] When the erroneous findings of the trial judge are set aside, no basis remains for concluding that the four-year mandatory minimum sentence prescribed by Parliament constitutes cruel and unusual punishment on the facts of this case. The trial judge recognized as aggravating factors that Constable Ferguson was well trained in the use of firearms and stood in a position of trust with respect to Mr. Varley, and correctly noted that the standard of care was higher than would be expected of a normal citizen. By way of mitigation, the trial judge noted that Constable Ferguson's actions were not planned, that Mr. Varley initiated the altercation in the cell, that Constable Ferguson had little time to consider his response, and that his instincts and training played a role in the shooting. The mitigating factors are insufficient to make a four-year sentence grossly disproportionate. The absence of planning, the apparent fact that Mr. Varley initiated the altercation in the cell, and the fact that Constable Ferguson did not have much time to consider his response, are more than offset by the position of trust Constable Ferguson held and by the fact that he had been trained to respond appropriately to the common situation of resistance by a detained person. I agree with the Court of Appeal that the mitigating factors do not reduce Constable

eu un intervalle entre eux. Il ne s'agissait pas d'une succession immédiate de coups de feu, conclusion étayée par le fait que l'arme du gendarme Ferguson ne permettait pas de tirer rapidement et automatiquement deux coups de feu successifs.

[27] La constatation selon laquelle le second coup de feu du gendarme Ferguson n'était pas le résultat de la colère ou d'une décision consciente, mais plutôt le fruit de l'entraînement constitue un élément essentiel de la conclusion du juge du procès portant que le gendarme Ferguson se trouvait tout au bas de l'échelle de la culpabilité morale, de sorte qu'une peine de quatre ans d'emprisonnement serait exagérément disproportionnée et intolérable pour un public bien informé et contreviendrait ainsi à l'art. 12 de la *Charte*. Il en résulte que la conclusion du juge du procès selon laquelle la peine minimale de quatre ans était inconstitutionnelle en l'espèce souffre d'un défaut fatal.

[28] Si l'on écarte les conclusions de fait erronées tirées par le juge du procès, plus rien ne permet de conclure que la peine minimale obligatoire de quatre ans prescrite par le législateur constitue une peine cruelle et inusitée compte tenu des faits de l'espèce. Le juge du procès a reconnu que l'entraînement qu'avait reçu le gendarme Ferguson dans le maniement des armes à feu et la position de confiance qu'il occupait à l'égard de M. Varley constituaient des facteurs aggravants, et il a souligné à juste titre que la norme de diligence à laquelle était tenu le policier était plus élevée que celle à laquelle devait se conformer un simple citoyen. À titre de facteurs atténuants, le juge du procès a fait remarquer que les actes du gendarme Ferguson n'étaient pas planifiés, que M. Varley était à l'origine de l'altercation dans la cellule, que le gendarme Ferguson avait eu peu de temps pour réagir et que son instinct et son entraînement ont joué un rôle dans la fusillade. Les facteurs atténuants ne suffisent pas à rendre la peine de quatre ans exagérément disproportionnée. En effet, l'absence de planification, le fait que M. Varley était à l'origine de l'altercation dans la cellule et le fait que le gendarme Ferguson n'a pas eu beaucoup de temps pour réagir sont loin de contrebalancer la position de confiance qu'occupait le gendarme Ferguson et le fait qu'il avait été entraîné à réagir adéquatement

Ferguson's moral culpability to the extent that the mandatory minimum sentence is grossly disproportionate in his case.

[29] I conclude that there is no basis for concluding that the four-year minimum sentence prescribed by Parliament amounts to cruel and unusual punishment on the facts of this case.

[30] Ordinarily, a s. 12 analysis for a mandatory minimum sentence requires both an analysis of the facts of the accused's case and an analysis of reasonable hypothetical cases: *Goltz*, at pp. 505-6. At his sentencing hearing and in the Court of Appeal, however, Constable Ferguson did not rely on reasonable hypotheticals to contest the constitutionality of s. 236(*a*). He contended simply that s. 236(*a*) was unconstitutional as applied to the facts of his case. The reasonable hypotheticals not having been argued, there was no basis for the sentencing judge or the Court of Appeal to reach a conclusion on whether s. 236(*a*) was unconstitutional on a reasonable hypotheticals analysis. Constable Ferguson offers an alternative argument based on reasonable hypotheticals for the first time in this Court. In my view, Constable Ferguson has not pointed to a hypothetical case where the offender's minimum level of moral culpability for unlawful act manslaughter using a firearm would be less than that in the reasonable hypotheticals considered in *Morrisey*.

[31] In the absence of any s. 12 violation, the trial judge's proper course in the circumstances was to apply the four-year minimum sentence: *Morrisey*.

[32] Furthermore, the absence of any s. 12 violation renders it unnecessary to proceed to a consideration of whether s. 236(*a*) could be justified under s. 1.

à la résistance qu'opposent souvent les personnes détenues. Je conviens avec la Cour d'appel que les facteurs atténuants ne réduisent pas la culpabilité morale du gendarme Ferguson au point où la peine minimale obligatoire serait exagérément disproportionnée dans son cas.

[29] J'estime donc que rien ne permet de conclure que la peine minimale de quatre ans prescrite par le législateur constitue une peine cruelle et inusitée compte tenu des faits de l'espèce.

[30] Habituellement, l'évaluation d'une peine minimale obligatoire au regard de l'art. 12 requiert à la fois l'analyse des faits propres à l'accusé et l'analyse des situations hypothétiques raisonnables : *Goltz*, p. 505-506. Or, lors de l'audience de détermination de la peine et devant la Cour d'appel, le gendarme Ferguson ne s'est pas appuyé sur des situations hypothétiques raisonnables pour contester la constitutionnalité de l'al. 236*a*). Il a simplement fait valoir que cette disposition était inconstitutionnelle lorsqu'elle était appliquée aux faits qui lui étaient propres. L'argument fondé sur des situations hypothétiques raisonnables n'ayant pas été plaidé, rien ne permettait au juge chargé de la détermination de la peine ni à la Cour d'appel de trancher la question de savoir si, au terme d'une telle analyse, ils auraient conclu à l'inconstitutionnalité de l'al. 236*a*). Le gendarme Ferguson plaide, pour la première fois, devant notre Cour, l'argument subsidiaire fondé sur les situations hypothétiques raisonnables. À mon avis, le gendarme Ferguson n'a pas décrit de situation hypothétique où le degré minimal de culpabilité morale d'un contrevenant ayant commis un homicide involontaire coupable au moyen d'un acte illégal comportant l'usage d'une arme à feu serait moindre que dans les situations hypothétiques raisonnables examinées dans *Morrisey*.

[31] En l'absence d'une violation de l'art. 12, le juge du procès devait, dans les circonstances, appliquer la peine minimale de quatre ans : *Morrisey*.

[32] En outre, comme il n'a pas été contrevenu à l'art. 12, il est inutile de déterminer si l'al. 236*a*) pourrait se justifier au sens de l'article premier.

2. *If the imposition of the four-year mandatory minimum sentence violated s. 12 of the Charter in the circumstances of this case, was the trial judge entitled to grant a constitutional exemption from the four-year minimum and to impose a lesser sentence?*

[33] Having found that the four-year minimum sentence of imprisonment required by s. 236(*a*) does not violate Constable Ferguson's right not to suffer cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter*, it is not necessary to consider whether a constitutional exemption would have been available had we found a violation of s. 12. As the Court of Appeal recognized, however, there has been considerable debate and disagreement in the lower courts as to whether the remedy of a constitutional exemption is available. The matter having been fully argued, it is appropriate to settle the question of whether a constitutional exemption would have been available to Constable Ferguson, had the minimum sentence violated s. 12 of the *Charter*.

[34] I note at the outset that the issue is not *whether* a remedy lies to prevent the imposition of cruel and unusual punishment contrary to the *Charter*, but *which* remedies are available. The imposition of cruel and unusual punishment contrary to ss. 12 and 1 of the *Charter* cannot be countenanced. A court which has found a violation of a *Charter* right has a duty to provide an effective remedy. The only issue is whether a law imposing such punishment can be permitted to stand subject to constitutional exemptions in particular cases, or whether the only remedy is a declaration that the law is inconsistent with the *Charter* and hence falls under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[35] Two remedial provisions govern remedies for *Charter* violations: s. 24(1) of the *Charter* and

2. *Si, dans les circonstances de l'espèce, infliger la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement allait à l'encontre de l'art. 12 de la Charte, le juge du procès pouvait-il accorder une exemption constitutionnelle écartant l'application de la peine minimale de quatre ans et infliger une peine moins lourde?*

[33] Comme nous avons conclu que la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement prescrite par l'al. 236*a*) ne porte pas atteinte à la protection contre les peines cruelles et inusitées garantie au gendarme Ferguson par l'art. 12 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de déterminer si une exemption constitutionnelle aurait pu être accordée si nous avions conclu à une violation de l'art. 12. Cependant, ainsi que la Cour d'appel l'a reconnu, on note une vive controverse dans les juridictions inférieures quant à savoir s'il est possible d'accorder une exemption constitutionnelle à titre de réparation. Ce point ayant été pleinement débattu, il convient de trancher la question de savoir si une exemption constitutionnelle aurait pu être accordée au gendarme Ferguson s'il avait été jugé que la peine minimale contrevenait à l'art. 12 de la *Charte*.

[34] D'entrée de jeu, je souligne que la question n'est pas de savoir *s'il* existe un recours empêchant l'infliction d'une peine cruelle et inusitée interdite par la *Charte*, mais plutôt de savoir *quelles* réparations peuvent être accordées. On ne saurait tolérer qu'une peine cruelle et inusitée soit infligée en violation de l'art. 12 et de l'article premier de la *Charte*. Le tribunal qui conclut à la violation d'un droit garanti par la *Charte* a l'obligation d'accorder une réparation efficace. La seule question qui se pose est celle de savoir si une disposition qui prescrit une telle peine peut être maintenue quitte à ce qu'une exemption constitutionnelle soit accordée dans certains cas, ou si la seule réparation possible consiste en un jugement déclarant que la loi est incompatible avec la *Charte* et tombe donc sous le coup de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[35] Deux dispositions régissent les réparations pouvant être accordées en cas de violation de la

s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Section 24(1) confers on judges a wide discretion to grant appropriate remedies in response to *Charter* violations:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Section 24(1) has generally been seen — at least until now — as providing a case-by-case remedy for unconstitutional acts of government agents operating under lawful schemes whose constitutionality is not challenged. The other remedy section, s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, confers no discretion on judges. It simply provides that laws that are inconsistent with the *Charter* are of no force and effect to the extent of the inconsistency:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

When a litigant claims that a law violates the *Charter*, and a court rules or "declares" that it does, the effect of s. 52(1) is to render the law null and void. It is common to describe this as the court "striking down" the law. In fact, when a court "strikes down" a law, the law has failed by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[36] The usual remedy for a mandatory sentencing provision that imposes cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter* is a declaration that the law is of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. This was the remedy sought in *Goltz*, *Morrisey*, and *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711. The mandatory minimum sentence provisions in these cases were held to be constitutional. But it was argued that had the provisions been held to be unconstitutional, the appropriate remedy was the s. 52 remedy of striking down.

Charte : les par. 24(1) de la *Charte* et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 24(1) confère aux juges un vaste pouvoir discrétionnaire leur permettant d'accorder une réparation convenable en cas de violation de la *Charte* :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

On considère généralement — du moins l'a-t-on fait jusqu'à maintenant — que le par. 24(1) prévoit l'octroi d'une réparation au cas par cas pour les actes inconstitutionnels des mandataires du gouvernement agissant en vertu de régimes licites dont la constitutionnalité n'est pas contestée. L'autre disposition réparatrice, le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne confère aucun pouvoir discrétionnaire aux juges. Elle prévoit simplement que les dispositions qui sont incompatibles avec la *Charte* sont inopérantes :

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Lorsqu'une partie prétend qu'une disposition contrevient à la *Charte* et qu'un tribunal juge ou « déclare » que tel est bien le cas, le par. 52(1) a pour effet de rendre cette disposition inopérante. On dit généralement alors que le tribunal « invalide » la disposition. En fait, lorsqu'un tribunal « invalide » une disposition, celle-ci est inopérante par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[36] Lorsqu'une disposition prévoit une peine obligatoire cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte*, la réparation consiste habituellement en un jugement déclarant cette disposition inopérante par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. C'est la réparation qui était sollicitée dans *Goltz*, *Morrisey* et *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711. Dans ces arrêts, les dispositions prévoyant une peine minimale obligatoire ont été jugées constitutionnelles. Toutefois, on a plaidé que, si ces dispositions avaient été jugées inconstitutionnelles, la réparation appropriée aurait été leur invalidation en vertu de l'art. 52.

[37] In this case, despite the allegation of a constitutional violation, Constable Ferguson does not request that the law that caused the alleged violation, s. 236(*a*) of the *Criminal Code*, be struck down. Instead, Constable Ferguson argues that if the four-year mandatory sentence is found to violate the *Charter*, a constitutional exemption under s. 24(1) should be granted. The argument for a constitutional exemption proposes that the law remain in force, but that it not be applied in cases where its application results in a *Charter* violation. The judge would thus be free to impose a sentence below the minimum set by law, which would nevertheless continue to stand.

[38] The argument in favour of recognizing constitutional exemptions is simply put. The first prong of the argument is that where a mandatory minimum sentence that is constitutional in most of its applications generates an unconstitutional result in a small number of cases, it is better to grant a constitutional exemption in these cases than to strike down the law as a whole. The s. 52(1) remedy of declaring invalid a law that produces a result inconsistent with the *Charter* is a blunt tool. A law that may be constitutional in many of its applications — and indeed ruled constitutional on a reasonable hypotheticals analysis — is struck down because in one particular case, or in a few cases, it produces an unconstitutional result. Would it not be better, the argument goes, to allow the law to stand, while providing an individual remedy in those cases — arguably rare — where its application offends the *Charter*?

[39] The second and complementary prong of the argument asserts that the remedy is available on the wording of the *Charter* and the jurisprudence. Section 24(1), it is argued, grants courts a wide discretion to grant such constitutional remedies as are "appropriate and just". Granting a constitutional exemption and substituting a constitutional sentence removes the law's inconsistency

[37] En l'espèce, même s'il allègue une violation de la Constitution, le gendarme Ferguson ne demande pas à la Cour d'invalider la disposition législative à l'origine de la violation alléguée, soit l'al. 236*a*) du *Code criminel*. Il soutient plutôt que, si la peine obligatoire de quatre ans est jugée contraire à la *Charte*, une exemption constitutionnelle devrait lui être accordée en application du par. 24(1). L'argument en faveur d'une telle exemption veut que la disposition soit maintenue, mais qu'elle ne soit pas appliquée dans les cas où il en découle une violation de la *Charte*. Le juge pourrait donc infliger une peine inférieure à la peine minimale prescrite par la disposition en cause, mais cette disposition resterait en vigueur.

[38] L'argumentation en faveur de la reconnaissance des exemptions constitutionnelles est simple. Selon le premier volet de cette argumentation, lorsqu'une peine minimale obligatoire est constitutionnelle dans la plupart des cas où elle est appliquée, mais produit un résultat inconstitutionnel dans un nombre limité de cas, il est préférable d'accorder une exemption constitutionnelle dans ces cas limités plutôt que d'invalider globalement la disposition. L'invalidation, en vertu du par. 52(1), d'une disposition qui produit un résultat incompatible avec la *Charte* est une solution radicale. Une disposition qui peut être constitutionnelle dans de nombreux cas — et qui a effectivement été jugée constitutionnelle au terme d'une analyse des situations hypothétiques raisonnables — serait invalidée parce que, dans un cas donné ou dans quelques cas, elle produit un résultat inconstitutionnel. Ne serait-il pas préférable, fait-on valoir, de permettre le maintien de cette disposition tout en prévoyant une réparation individuelle dans les cas — peut-être rares — où son application est contraire à la *Charte*?

[39] Selon le deuxième volet complétant cette argumentation, le libellé de la *Charte* et la jurisprudence permettent cette réparation. En effet, on fait valoir que le par. 24(1) confère aux tribunaux un large pouvoir discrétionnaire leur permettant d'accorder la réparation constitutionnelle qu'ils estiment « convenable et juste ». Si une exemption constitutionnelle est accordée et une peine

with the *Charter*, making s. 52(1) inapplicable. The cases that have considered the matter, while inconclusive, do not rule constitutional exemptions out as a remedy for unconstitutional sentences flowing from mandatory minimum sentence laws. More generally, granting constitutional exemptions for unconstitutional effects of mandatory minimum sentence laws fits well with the Court's practices of severance, reading in and reading out in order to preserve the law to the maximum extent possible: see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

[40] Attractive as they are, the arguments for constitutional exemptions in a case such as this are, on consideration, outweighed and undermined by counter-considerations. I reach this conclusion on the basis of four considerations: (1) the jurisprudence; (2) the need to avoid intruding on the role of Parliament; (3) the remedial scheme of the *Charter*; and (4) the impact of granting constitutional exemptions in mandatory sentence cases on the values underlying the rule of law.

(1) The Jurisprudence

[41] This Court has not definitively ruled whether constitutional exemptions are available as a remedy for mandatory minimum sentences that produce unconstitutional sentences. In concurring opinions, judges of this Court have expressed both positive and negative evaluations of constitutional exemptions as remedies for unconstitutional minimum sentences.

[42] In his concurring opinion in *Smith*, at pp. 1111-12, Le Dain J. considered and rejected the constitutional exemption as a means of upholding minimum sentences that could generate unconstitutional

constitutionnelle substituée à celle prévue par la disposition législative, celle-ci n'est plus incompatible avec la *Charte*, ce qui rend le par. 52(1) inapplicable. Bien qu'elle ne soit pas concluante, la jurisprudence portant sur cette question n'a pas écarté le recours à l'exemption constitutionnelle comme réparation lorsqu'une peine inconstitutionnelle est infligée en application d'une disposition prescrivant une peine minimale obligatoire. De façon plus générale, l'octroi d'une exemption constitutionnelle écartant les effets inconstitutionnels d'une disposition prescrivant une peine minimale obligatoire cadre bien avec les pratiques de la dissociation, de l'interprétation large et de l'interprétation atténuée auxquelles la Cour fait appel pour préserver la loi dans la plus large mesure possible : voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

[40] Aussi attrayants que soient les arguments en faveur de l'octroi d'une exemption constitutionnelle dans un cas comme celui qui nous occupe, nous constatons, après réflexion, qu'ils sont affaiblis et supplantés par des considérations contraires. Je tire cette conclusion en me fondant sur quatre facteurs : (1) la jurisprudence; (2) la nécessité d'éviter toute usurpation du rôle du législateur; (3) le régime de réparation prévu par la *Charte* et (4) l'effet de l'octroi d'une exemption constitutionnelle, dans un cas où une peine obligatoire est prévue, sur les valeurs qui sous-tendent le principe de la primauté du droit.

(1) La jurisprudence

[41] Notre Cour n'a pas tranché de manière définitive la question de savoir si une exemption constitutionnelle peut servir de réparation lorsqu'une peine minimale obligatoire produit des effets inconstitutionnels. Dans des opinions concordantes, des juges de notre Cour ont considéré tant favorablement que défavorablement le recours à l'exemption constitutionnelle à titre de réparation dans le cas d'une peine minimale inconstitutionnelle.

[42] Dans son opinion concordante dans *Smith*, aux p. 1111-1112, le juge Le Dain a examiné et rejeté l'exemption constitutionnelle comme moyen de maintenir les peines minimales susceptibles de

results in some circumstances. He stated that allowing such exemptions would create uncertainty, and the assumed validity or application of the provision could have prejudicial effects in particular cases. On the other hand, Arbour J. commented favourably on the possibility of exemptions from mandatory minimum sentence laws in a concurring opinion in *Morrisey*. Arbour J. expressed the concern that the mandatory minimum sentences for certain offences would inevitably be declared unconstitutional if judges had no discretion to grant exemptions to avoid unconstitutional results in unusual cases.

[43] Lower courts have taken contradictory positions on the availability of constitutional exemptions from mandatory minimum sentences. The Ontario and New Brunswick courts of appeal have held against the availability of constitutional exemptions from mandatory sentence laws: *R. v. Kelly* (1990), 59 C.C.C. (3d) 497 (Ont. C.A.); *R. v. Madeley* (2002), 160 O.A.C. 346; *R. v. Desjardins* (1996), 182 N.B.R. (2d) 321. By contrast, such exemptions have been granted in Saskatchewan and the Northwest and Yukon Territories and have been recognized in *obiter* in British Columbia: *R. v. McGillivary* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407 (Sask. C.A.); *R. v. Netser* (1992), 70 C.C.C. (3d) 477 (N.W.T.C.A.); *R. v. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265 (Y.T.C.A.); *R. v. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417 (B.C.C.A.). The Quebec Court of Appeal has expressed both positive and negative views on the question in *obiter*: *R. v. Lapierre* (1998), 123 C.C.C. (3d) 332; *R. v. Chabot* (1992), 77 C.C.C. (3d) 371.

[44] Constitutional exemptions have been recognized and discussed in other contexts. In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, Wilson J. suggested that once a court finds a legislative provision to violate the *Charter*, it has no alternative but to strike it down under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. To do otherwise would

produire des résultats inconstitutionnels dans certaines circonstances. Il a affirmé qu'accorder de telles exemptions créerait de l'incertitude et que, dans certains cas, la présomption de la validité ou de l'applicabilité de la disposition en cause pourrait avoir des effets préjudiciables. En revanche, dans son opinion concordante dans *Morrisey*, la juge Arbour a émis des commentaires favorables quant à la possibilité que des exemptions soient accordées pour écarter l'application de dispositions législatives prescrivant une peine minimale obligatoire. La juge Arbour a dit craindre que les peines minimales prescrites pour certaines infractions soient inévitablement déclarées inconstitutionnelles si les juges ne disposent pas du pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions pour éviter des résultats inconstitutionnels dans des cas inhabituels.

[43] Les juridictions inférieures ont adopté des positions contradictoires quant à la possibilité d'accorder des exemptions constitutionnelles relativement à l'application de peines minimales obligatoires. Les cours d'appel de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick se sont prononcées contre la possibilité d'accorder de telles exemptions : *R. c. Kelly* (1990), 59 C.C.C. (3d) 497 (C.A. Ont.); *R. c. Madeley* (2002), 160 O.A.C. 346; *R. c. Desjardins* (1996), 182 R.N.-B. (2d) 321. Par contre, de telles exemptions ont été accordées en Saskatchewan, dans les Territoires du Nord-Ouest et au Yukon, et elles ont été reconnues dans des remarques incidentes en Colombie-Britannique : *R. c. McGillivary* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407 (C.A. Sask.); *R. c. Netser* (1992), 70 C.C.C. (3d) 477 (C.A.T.N.-O.); *R. c. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265 (C.A.Y.); *R. c. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417 (C.A.C.-B.). La Cour d'appel du Québec a formulé des opinions tant favorables que défavorables sur cette question dans des remarques incidentes : *R. c. Lapierre*, [1998] R.J.Q. 677; *R. c. Chabot*, [1992] R.J.Q. 2102.

[44] Les exemptions constitutionnelles ont été examinées et reconnues dans d'autres contextes. De l'avis de la juge Wilson dans *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, après avoir conclu qu'une disposition législative est contraire à la *Charte*, le tribunal ne peut qu'invalider la disposition en cause, en application de l'art. 52 de la *Loi*

be to leave "the legislation in its pristine over-inclusive form outstanding on the books" (p. 77). On the other hand, in *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, L'Heureux-Dubé J. opined that s. 24(1) of the *Charter* enables a court to grant a constitutional exemption from legislation that is "constitutional in its general application" if an unconstitutional result would otherwise occur in a particular case (para. 66).

[45] In *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, the majority, *per* McLachlin J., suggested that a constitutional exemption cannot be used to remedy a constitutional defect in a provision that Parliament intended to be mandatory, because allowing an exemption would "import into the provision an element which the legislature specifically chose to exclude — the discretion of the trial judge" (p. 628). It was also noted that constitutional exemptions could in principle remove all recourse to s. 52(1), rendering it redundant.

[46] However, in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, this Court recognized the availability of a constitutional exemption granted as an interim remedial measure alongside a suspended declaration of invalidity under s. 52(1). Although the Court declined to grant a constitutional exemption, it recognized that a court may grant such an exemption in order to relieve the claimant of the continued burden of the unconstitutional law during the period that the striking out remedy is suspended. The majority emphasized the ancillary nature of this remedial exemption and refused to consider expanding the remedy to a stand-alone constitutional exemption.

[47] In summary, the majority of this Court in *Seaboyer* has commented critically on the use of constitutional exemptions as a stand-alone remedy in the case of mandatory laws generally, a view supported by Wilson J. in *Osborne* and consistent

constitutionnelle de 1982, sans quoi « la loi reste en vigueur dans sa version primitive de portée excessive » (p. 77). Par contre, dans *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, la juge L'Heureux-Dubé s'est dite d'avis que le par. 24(1) de la *Charte* autorise un tribunal à accorder une exemption constitutionnelle écartant l'application d'une disposition législative « constitutionnelle dans son application générale » lorsque son résultat, dans une affaire particulière, se révélerait inconstitutionnel (par. 66).

[45] Dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, la juge McLachlin, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a indiqué qu'on ne peut recourir à l'exemption constitutionnelle pour corriger l'inconstitutionnalité d'une disposition que le législateur a voulu rendre obligatoire parce que, ce faisant, on « incorporerait dans la disposition un élément que le législateur a spécifiquement choisi d'exclure, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès » (p. 628). Il a également été souligné que les exemptions constitutionnelles pourraient, en principe, faire disparaître tout recours au par. 52(1), le rendant ainsi superflu.

[46] Toutefois, dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, notre Cour a reconnu qu'une exemption constitutionnelle peut être accordée à titre de mesure corrective intérimaire s'ajoutant à une déclaration d'invalidité prononcée en application du par. 52(1) et dont la prise d'effet est suspendue. Même si elle a refusé d'accorder une exemption constitutionnelle, la Cour a reconnu qu'un tribunal peut accorder une telle exemption pour éviter de continuer à faire supporter au demandeur le fardeau de la loi inconstitutionnelle pendant la durée de la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité. Les juges majoritaires ont insisté sur la nature accessoire de cette exemption et ont refusé d'envisager la possibilité d'ériger cette réparation en exemption constitutionnelle autonome.

[47] En résumé, les juges majoritaires de notre Cour ont critiqué dans *Seaboyer* le recours à l'exemption constitutionnelle comme réparation autonome dans le cas des dispositions obligatoires en général, un point de vue adopté par la juge

with the majority's reasoning in *Corbiere*. In *Smith*, Le Dain J. rejected their use in the context here at issue, mandatory minimum sentence laws. On the other side of the issue are the remarks of L'Heureux-Dubé and Arbour JJ. in their respective concurring opinions in *Rose* and *Morrisey*.

[48] I conclude that while the availability of constitutional exemptions for mandatory minimum sentencing laws has not been conclusively decided, the weight of authority thus far is against them and sounds a cautionary note.

(2) Intrusion on the Role of Parliament

[49] Section 52(1) grants courts the jurisdiction to declare laws of no force and effect only "to the extent of the inconsistency" with the Constitution. It follows that if the constitutional defect of a law can be remedied without striking down the law as a whole, then a court must consider alternatives to striking down. Examples of alternative remedies under s. 52 include severance, reading in and reading down. Constable Ferguson is proposing a constitutional exemption under s. 24(1) as an additional tool for minimizing interference with Parliament's legislative role when a court must grant a remedy for a constitutionally defective provision.

[50] On the other hand, it has long been recognized that in applying alternative remedies such as severance and reading in, courts are at risk of making inappropriate intrusions into the legislative sphere. An alternative to striking down that initially appears to be less intrusive on the legislative role may in fact represent an inappropriate intrusion on the legislature's role. This Court has thus emphasized that in considering alternatives to striking down, courts must carefully consider

Wilson dans *Osborne* et qui concorde avec le raisonnement des juges majoritaires dans *Corbiere*. Dans *Smith*, le juge Le Dain a rejeté ce type de réparation dans le contexte dont il est question en l'espèce, soit celui des dispositions législatives prévoyant une peine minimale obligatoire. Le point de vue opposé a été exprimé par les juges L'Heureux-Dubé et Arbour dans leurs opinions concordantes respectives dans *Rose* et *Morrisey*.

[48] Je conclus que, même si la question de la possibilité de recourir à des exemptions constitutionnelles pour écarter l'application de dispositions prescrivant une peine minimale obligatoire n'a pas encore été résolue de façon définitive, la jurisprudence prépondérante ne tend pas, pour l'heure, à l'octroi de telles exemptions et incite à la prudence.

(2) Usurpation du rôle du législateur

[49] Le paragraphe 52(1) confère aux tribunaux le pouvoir de déclarer inopérantes les « dispositions incompatibles » avec la Constitution. Par conséquent, s'il est possible de corriger l'inconstitutionnalité d'une disposition sans l'invalider complètement, le tribunal doit examiner les solutions de rechange à l'invalidation. Parmi les solutions auxquelles l'art. 52 donne ouverture, on trouve la dissociation, l'interprétation large et l'interprétation atténuée. Le gendarme Ferguson propose une exemption constitutionnelle en application du par. 24(1) à titre de mesure additionnelle permettant de réduire l'empiétement sur le rôle législatif du Parlement lorsqu'un tribunal doit accorder une réparation à l'égard d'une disposition inconstitutionnelle.

[50] Par ailleurs, il est reconnu depuis longtemps que les tribunaux, en accordant d'autres réparations telles la dissociation et l'interprétation large, risquent d'empiéter à tort sur le domaine législatif. Une réparation autre que l'invalidation peut sembler à première vue usurper à un moindre degré le rôle du législateur, mais constituer en réalité un empiétement injustifié. Notre Cour a ainsi souligné que, lorsqu'ils examinent les solutions de rechange à l'invalidation, les tribunaux doivent vérifier

whether the alternative being considered represents a lesser intrusion on Parliament's legislative role than striking down. Courts must thus be guided by respect for the role of Parliament, as well as respect for the purposes of the *Charter*: *Schachter*; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2. These principles apply with equal force to the proposed alternative remedy of the constitutional exemption. In this case, the effect of granting a constitutional exemption would be to so change the legislation as to create something different in nature from what Parliament intended. It follows that a constitutional exemption should not be granted.

[51] When a court opts for severance or reading in as an alternative to striking down a provision, it does so on the assumption that had Parliament been aware of the provision's constitutional defect, it would likely have passed it with the alterations now being made by the court by means of severance or reading in. For instance, as this Court noted in *Schachter*, the test for severance "recognizes that the seemingly laudable purpose of retaining the parts of the legislative scheme which do not offend the Constitution rests on an assumption that the legislature would have passed the constitutionally sound part of the scheme without the unsound part" (p. 697). If it is not clear that Parliament would have passed the scheme with the modifications being considered by the court — or if it is probable that Parliament would *not* have passed the scheme with these modifications — then for the court to make these modifications would represent an inappropriate intrusion into the legislative sphere. In such cases, the least intrusive remedy is to strike down the constitutionally defective legislation under s. 52. It is then left up to Parliament to decide what legislative response, if any, is appropriate.

[52] It follows that we must ask whether granting a constitutional exemption for a mandatory minimum sentence would represent a lesser intrusion on Parliament's legislative role than striking it down. In my view, the answer to this question is no, because allowing courts to grant constitutional

attentivement si elles représentent un empiétement moins grave que l'invalidation sur les fonctions du législateur. Dans le choix de la réparation, les tribunaux seront donc guidés par le respect du rôle du législateur et des objectifs de la *Charte* : *Schachter*; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2. Ces principes s'appliquent de la même façon à l'exemption constitutionnelle, la réparation proposée comme solution de rechange. En l'espèce, l'octroi d'une exemption constitutionnelle aurait pour effet de modifier la loi à tel point qu'elle serait d'une tout autre nature que celle voulue par le législateur. Il s'ensuit qu'une exemption constitutionnelle ne devrait pas être accordée.

[51] Lorsqu'un tribunal choisit la dissociation ou l'interprétation large plutôt que l'invalidation, il part du principe que, si le législateur avait su que la disposition était entachée d'un vice sur le plan constitutionnel, il l'aurait probablement édictée sous la forme modifiée que lui donne maintenant le tribunal en ayant recours à la dissociation ou à l'interprétation large. Par exemple, ainsi que notre Cour l'a fait remarquer dans *Schachter*, le critère applicable en cas de dissociation reconnaît que « l'objet apparemment louable du maintien des parties constitutionnelles de la loi repose sur la supposition que le législateur aurait adopté la partie constitutionnelle de la loi en question sans la partie inconstitutionnelle » (p. 697). S'il n'est pas clair que le législateur aurait édicté la disposition avec les modifications envisagées par le tribunal — ou s'il est probable qu'il *ne* l'aurait *pas* fait —, le tribunal empiéterait de façon injustifiée sur le domaine législatif en les introduisant. En pareil cas, la réparation qui constitue l'empiétement le moins grave consiste à invalider la disposition législative inconstitutionnelle, en application de l'art. 52. Il revient alors au législateur de décider quelle doit être la solution législative appropriée, le cas échéant.

[52] Il faut donc se demander si l'octroi d'une exemption constitutionnelle écartant l'application d'une peine minimale obligatoire constituerait un empiétement moins grave sur les fonctions du législateur que l'invalidation. À mon avis, tel n'est pas le cas, parce que permettre aux tribunaux d'accorder

exemptions for mandatory minimum sentences directly contradicts Parliament's intent in passing mandatory minimum sentence legislation.

[53] A constitutional exemption has the effect of conferring on judges a discretion to reject the mandatory minimum sentence prescribed by Parliament. The mandatory minimum applies, unless the judge concludes that its application constitutes unjustifiable cruel and unusual punishment and that it therefore should not apply.

[54] The intention of Parliament in passing mandatory minimum sentence laws, on the other hand, is to remove judicial discretion to impose a sentence below the stipulated minimum. Parliament must be taken to have specifically chosen to exclude judicial discretion in imposing mandatory minimum sentences, just as it was taken to have done in enacting the rape shield provisions struck down in *Seaboyer*. Parliament made no provision for the exercise of judicial discretion in drafting s. 236(*a*), nor did it authorize any exceptions to the mandatory minimum. There is no provision permitting judges to depart from the mandatory minimum, even in exceptional cases where it would result in grossly disproportionate punishment. Parliament has cast the prescription for the minimum four-year prison sentence here at issue in clear unambiguous terms. Parliament must be taken to have intended what it stated: that all convictions for manslaughter with a firearm would be subject to a mandatory minimum sentence of four years' imprisonment. The law mandates a floor below which judges cannot go. To permit judges to go below this floor on a case-by-case basis runs counter to the clear wording of the section and the intent that it evinces.

[55] In granting a constitutional exemption, a judge would be undermining Parliament's purpose in passing the legislation: to remove judicial

une telle exemption constitutionnelles contrecarre directement l'intention qu'avait le législateur en adoptant une disposition législative prescrivant une peine minimale obligatoire.

[53] L'exemption constitutionnelle a pour effet de conférer aux juges le pouvoir discrétionnaire de rejeter une peine minimale obligatoire prescrite par le législateur. La peine minimale s'applique, sauf si le juge conclut qu'elle constitue une peine cruelle et inusitée et qu'elle ne devrait donc pas être infligée.

[54] Or, en adoptant une disposition législative qui prescrit une peine minimale obligatoire, le législateur veut précisément retirer aux juges le pouvoir discrétionnaire d'infliger une peine inférieure à la peine minimale prescrite. Il faut tenir pour acquis que le législateur a expressément choisi de ne pas accorder de pouvoir discrétionnaire aux juges lorsqu'il a décidé de prescrire une peine minimale obligatoire, comme on a supposé qu'il l'avait choisi en édictant les dispositions sur la protection des victimes de viol qui ont été invalidées dans *Seaboyer*. Lorsqu'il a rédigé l'al. 236*a*), le législateur n'a pas fait place à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire ni autorisé d'exception à la peine minimale prescrite. Aucune disposition n'autorise les juges à déroger à la peine minimale obligatoire, même dans les cas exceptionnels où elle entraînerait l'infliction d'une peine exagérément disproportionnée. Le législateur a prescrit la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement dont il est question en l'espèce en termes clairs, non ambigus. Il faut présumer que le législateur voulait bel et bien ce qu'il a dit, à savoir que la peine minimale obligatoire soit de quatre ans d'emprisonnement dans tous les cas d'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu. La loi prescrit un seuil de sévérité minimale de la peine, que les juges ne peuvent pas franchir. Permettre aux juges d'infliger, en fonction de chaque cas, une peine moins sévère, irait à l'encontre du libellé clair de l'article et de l'intention qu'il traduit.

[55] En accordant une exemption constitutionnelle, le juge contrecarrerait l'objectif visé par le législateur lorsqu'il a adopté la disposition

discretion and to send a clear and unequivocal message to potential offenders that if they commit a certain offence, or commit it in a certain way, they will receive a sentence equal to or exceeding the mandatory minimum specified by Parliament. The discretion that a constitutional exemption would confer on judges would violate the letter of the law and undermine the message that animates it.

[56] It is thus clear that granting a constitutional exemption from a mandatory minimum sentence law that results in an unconstitutional sentence goes directly against Parliament's intention. To allow constitutional exemptions for mandatory minimum sentences is, in effect, to read in a discretion to a provision where Parliament clearly intended to exclude discretion. If it would be inappropriate to read in such a discretion under s. 52, then necessarily it would be inappropriate to allow judges to grant constitutional exemptions having the same effect under s. 24(1). It cannot be assumed that Parliament would have enacted the mandatory minimum sentencing scheme with the discretion that allowing constitutional exemptions would create. For the Court to introduce such a discretion would thus represent an inappropriate intrusion into the legislative sphere.

[57] I conclude that these considerations are sufficient to exclude constitutional exemptions as an appropriate remedy for unconstitutional mandatory minimum sentences. In the absence of any provision providing for discretion, a court that concludes that a mandatory minimum sentence imposes cruel and unusual punishment in an exceptional case before it is compelled to declare the provision invalid.

(3) The Remedial Scheme of the *Charter*

[58] As I noted at the outset, remedies for breaches of the *Charter* are governed by s. 24(1)

législative : retirer leur pouvoir discrétionnaire aux juges et faire comprendre de façon claire et non équivoque aux contrevenants éventuels que, s'ils commettent une certaine infraction ou s'ils la commettent d'une certaine manière, ils se verront infliger une peine égale ou supérieure à la peine minimale obligatoire prescrite par le législateur. Le pouvoir discrétionnaire qu'une exemption constitutionnelle conférerait aux juges violerait la lettre de la loi et affaiblirait le message qui la sous-tend.

[56] Il est donc clair que l'octroi d'une exemption constitutionnelle écartant l'application d'une disposition législative prescrivant une peine minimale obligatoire parce que la peine qui en résulte est inconstitutionnelle contrecarre directement l'intention du législateur. Permettre de telles exemptions constitutionnelles a effectivement pour effet d'incorporer un pouvoir discrétionnaire dans une disposition de laquelle le législateur voulait manifestement exclure un tel pouvoir. Au même titre qu'il serait inopportun d'interpréter largement l'art. 52 et d'en conclure qu'il confère un pouvoir discrétionnaire, il serait aussi inopportun de permettre aux juges d'accorder, en vertu du par. 24(1), des exemptions constitutionnelles ayant le même effet. On ne saurait présumer que le législateur aurait édicté le régime de peine minimale obligatoire en l'assortissant du pouvoir discrétionnaire créé par les exemptions constitutionnelles. En incorporant un tel pouvoir discrétionnaire, la Cour empiéterait de façon injustifiée sur le domaine législatif.

[57] Je conclus que ces considérations suffisent pour exclure les exemptions constitutionnelles des réparations qui peuvent être accordées en cas d'inconstitutionnalité d'une peine minimale obligatoire. À défaut d'une disposition qui lui confère un pouvoir discrétionnaire, le tribunal qui conclut qu'une peine minimale obligatoire entraîne l'infliction d'une peine cruelle et inusitée dans un cas exceptionnel est tenu de déclarer invalide la disposition qui la prescrit.

(3) Le régime de réparation prévu par la *Charte*

[58] Comme je l'ai indiqué d'entrée de jeu, les réparations qui peuvent être accordées en cas de

of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[59] When a law produces an unconstitutional effect, the usual remedy lies under s. 52(1), which provides that the law is of no force or effect to the extent that it is inconsistent with the *Charter*. A law may be inconsistent with the *Charter* either because of its purpose or its effect: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. Section 52 does not create a personal remedy. A claimant who otherwise has standing can generally seek a declaration of invalidity under s. 52 on the grounds that a law has unconstitutional effects either in his own case or on third parties: *Big M*; see also P. Sankoff, "Constitutional Exemptions: Myth or Reality?" (1999-2000), 11 *N.J.C.L.* 411, at pp. 432-34; M. Rosenberg and S. Perrault, "Ifs and Buts in Charter Adjudication: The Unruly Emergence of Constitutional Exemptions in Canada" (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 375, at pp. 380-82. The jurisprudence affirming s. 52(1) as the appropriate remedy for laws that produce unconstitutional effects is based on the language chosen by the framers of the *Charter*: see Sankoff, at p. 438.

[60] Section 24(1), by contrast, is generally used as a remedy, not for unconstitutional laws, but for unconstitutional government acts committed under the authority of legal regimes which are accepted as fully constitutional: see *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6. The acts of government agents acting under such regimes are not the necessary result or "effect" of the law, but of the government agent's applying a discretion conferred by the law in an unconstitutional manner. Section 52(1) is thus not applicable. The appropriate remedy lies under s. 24(1).

violation de la *Charte* sont régies par les par. 24(1) de la *Charte* et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[59] Lorsqu'une disposition produit un effet inconstitutionnel, la réparation relève habituellement du par. 52(1), qui prévoit que les dispositions incompatibles avec la *Charte* sont inopérantes. Une disposition peut être incompatible avec la *Charte* soit à cause de son objet soit à cause de son effet : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. L'article 52 ne crée pas un recours personnel. Un demandeur qui a par ailleurs qualité pour agir peut généralement solliciter une déclaration d'invalidité en application de l'art. 52 au motif qu'une disposition a des effets inconstitutionnels pour lui-même ou pour des tiers : *Big M*; voir également P. Sankoff, « Constitutional Exemptions : Myth or Reality? » (1999-2000), 11 *R.N.D.C.* 411, p. 432-434; M. Rosenberg et S. Perrault, « Ifs and Buts in *Charter* Adjudication : The Unruly Emergence of Constitutional Exemptions in Canada » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 375, p. 380-382. La jurisprudence selon laquelle le par. 52(1) est le recours approprié pour les dispositions qui ont des effets inconstitutionnels repose sur les termes choisis par les rédacteurs de la *Charte* : voir Sankoff, p. 438.

[60] Par contre, on a généralement recours au par. 24(1) pour accorder réparation non pas lorsque des dispositions législatives sont inconstitutionnelles, mais lorsque des actes gouvernementaux inconstitutionnels sont commis en vertu de régimes légaux reconnus comme parfaitement constitutionnels : voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6. Les actes des mandataires du gouvernement qui agissent en vertu de ces régimes ne sont pas le résultat ou l'« effet » obligatoire de la loi, mais plutôt du fait que les mandataires du gouvernement ont exercé d'une manière inconstitutionnelle le pouvoir discrétionnaire que leur conférait la loi. Le paragraphe 52(1) ne s'applique donc pas. Le recours approprié est prévu au par. 24(1).

[61] It thus becomes apparent that ss. 52(1) and 24(1) serve different remedial purposes. Section 52(1) provides a remedy for *laws* that violate *Charter* rights either in purpose or in effect. Section 24(1), by contrast, provides a remedy for *government acts* that violate *Charter* rights. It provides a personal remedy against unconstitutional government action and so, unlike s. 52(1), can be invoked only by a party alleging a violation of that party's own constitutional rights: *Big M*; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128. Thus this Court has repeatedly affirmed that the validity of laws is determined by s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, while the validity of government action falls to be determined under s. 24 of the *Charter*: *Schachter*; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81. We are here concerned with a *law* that is alleged to violate a *Charter* right. This suggests that s. 52(1) provides the proper remedy.

[62] It is argued that s. 24(1), while normally applicable to government acts, can also be used to provide a stand-alone remedy for the unconstitutional effects of mandatory minimum sentence laws. The wording of s. 24(1) is generous enough to permit this, it is argued, conferring a discretion on judges to grant "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances".

[63] The jurisprudence of this Court allows a s. 24(1) remedy in connection with a s. 52(1) declaration of invalidity in unusual cases where additional s. 24(1) relief is necessary to provide the claimant with an effective remedy: *R. v. Demers*, [2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46. However, the argument that s. 24(1) can provide a stand-alone remedy for laws with unconstitutional effects depends on reading s. 24(1) in isolation, rather than in conjunction with the scheme of the *Charter* as a whole, as required by principles of statutory and constitutional interpretation. When s. 24(1) is read in context, it becomes apparent that the intent of the framers of the Constitution was that it function

[61] Il devient donc évident que les par. 52(1) et 24(1) visent des objets réparateurs différents. Le paragraphe 52(1) offre une réparation lorsque des *dispositions législatives* violent des droits garantis par la *Charte*, que ce soit par leur objet ou par leur effet, tandis que le par. 24(1) offre un recours pour les *actes gouvernementaux* qui violent des droits garantis par la *Charte*. Il permet un recours personnel contre les actes gouvernementaux inconstitutionnels et, contrairement au par. 52(1), seule peut s'en prévaloir la partie qui allègue une atteinte à ses propres droits constitutionnels : *Big M*; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128. Notre Cour a répété à maintes reprises que la validité des lois relève de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, tandis que la validité des actes du gouvernement relève de l'art. 24 de la *Charte* : *Schachter*; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81. En l'espèce, il s'agit d'une *disposition législative* qui violerait un droit garanti par la *Charte*. Cela indique que la réparation appropriée est celle prévue au par. 52(1).

[62] On fait valoir que, s'il s'applique normalement aux actes gouvernementaux, le par. 24(1) peut également permettre d'accorder une réparation autonome pour les effets inconstitutionnels des dispositions législatives prescrivant une peine minimale obligatoire. Le libellé du par. 24(1) est assez large, prétend-on, pour permettre une telle réparation, puisqu'il confère aux juges le pouvoir discrétionnaire d'accorder « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ».

[63] La jurisprudence de notre Cour permet d'associer une réparation fondée sur le par. 24(1) à une déclaration d'invalidité prononcée en application du par. 52(1) dans les cas exceptionnels où la réparation additionnelle fondée sur le par. 24(1) est nécessaire pour accorder une réparation efficace au demandeur : *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46. Toutefois, pour soutenir que le par. 24(1) peut permettre une réparation autonome à l'égard d'une disposition législative ayant des effets inconstitutionnels, il faut interpréter ce paragraphe isolément plutôt que de le considérer au regard de l'ensemble de la *Charte*, ainsi que l'exigent les principes d'interprétation législative et constitutionnelle. Lorsque le

primarily as a remedy for unconstitutional government acts.

[64] The highly discretionary language in s. 24(1), "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances", is appropriate for control of unconstitutional acts. By contrast, s. 52(1) targets the unconstitutionality of laws in a direct non-discretionary way: laws are of no force or effect to the extent that they are unconstitutional.

[65] The presence of s. 52(1) with its mandatory wording suggests an intention of the framers of the *Charter* that unconstitutional laws are deprived of effect to the extent of their inconsistency, not left on the books subject to discretionary case-by-case remedies: see *Osborne*, *per* Wilson J. In cases where the requirements for severance or reading in are met, it may be possible to remedy the inconsistency judicially instead of striking down the impugned legislation as a whole: *Vriend*; *Sharpe*. Where this is not possible — as in the case of an unconstitutional mandatory minimum sentence — the unconstitutional provision must be struck down. The ball is thrown back into Parliament's court, to revise the law, should it choose to do so, so that it no longer produces unconstitutional effects. In either case, the remedy is a s. 52 remedy that renders the unconstitutional provision of no force or effect to the extent of its inconsistency. To the extent that the law is unconstitutional, it is not merely inapplicable for the purposes of the case at hand. It is null and void, and is effectively removed from the statute books.

[66] As pointed out in *Seaboyer*, if the unconstitutional effects of laws are remediable on a case-by-case basis under s. 24(1), in theory all *Charter* violations could be addressed in this manner, leaving no role for s. 52(1). To meet this concern, it is suggested that s. 24(1) should only be used in the case of laws that usually produce constitutional

par. 24(1) est interprété dans son contexte, il devient manifeste que les rédacteurs de la Constitution voulaient qu'il constitue principalement un recours en cas d'actes gouvernementaux inconstitutionnels.

[64] Les termes du par. 24(1) qui confèrent un pouvoir discrétionnaire très étendu — « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances » — se prêtent au contrôle des actes inconstitutionnels. Par contre, le par. 52(1) cible l'inconstitutionnalité des dispositions législatives d'une manière directe et non discrétionnaire. Ces dispositions sont inopérantes dans la mesure où elles sont inconstitutionnelles.

[65] La présence du par. 52(1) et de son libellé obligatoire permet de croire que les rédacteurs de la *Charte* voulaient que les dispositions législatives inconstitutionnelles soient inopérantes dans la mesure de leur incompatibilité, et non qu'elles restent en vigueur sous réserve de l'octroi d'une réparation discrétionnaire accordée au cas par cas : voir *Osborne*, la juge Wilson. Lorsqu'il est satisfait aux conditions permettant la dissociation ou une interprétation large, les tribunaux peuvent corriger l'incompatibilité plutôt que d'invalider globalement la disposition contestée : *Vriend*; *Sharpe*. Lorsque cela n'est pas possible — comme c'est le cas pour une peine minimale obligatoire inconstitutionnelle —, la disposition inconstitutionnelle doit être invalidée. La question est renvoyée au législateur pour qu'il révise la loi, s'il décide de le faire, de sorte qu'elle n'ait plus d'effets inconstitutionnels. Dans les deux cas, la réparation accordée est celle prévue par l'art. 52 qui rend la disposition inconstitutionnelle inopérante dans la mesure de son incompatibilité. Dans la mesure où une disposition législative est inconstitutionnelle, elle n'est pas simplement inapplicable dans l'affaire en cause. Elle est inopérante et, de fait, retirée du corpus législatif.

[66] Comme la Cour l'a souligné dans *Seaboyer*, s'il est possible, en vertu du par. 24(1), de corriger au cas par cas les effets inconstitutionnels des dispositions législatives, on pourrait, en théorie, remédier ainsi à toutes les violations de la *Charte*, et le par. 52(1) n'aurait plus alors aucune raison d'être. Pour répondre à cette préoccupation, on suggère que le

results and only rarely produce an unconstitutional effect. The mandatory minimum sentence provision in s. 236(*a*) is said to be such a law. However one defines the "rare" case, discussed more fully below, the risk is that the role intended for s. 52(1) would be undermined and that laws that should be struck down — over-inclusive laws that pose a real risk of unconstitutional treatment of Canadians — would remain on the books, contrary to the intention of the framers of the *Charter*.

(4) The Rule of Law

[67] Constable Ferguson's principal argument for constitutional exemptions, as we have seen, is an appeal to flexibility. Yet this flexibility comes at a cost: constitutional exemptions buy flexibility at the cost of undermining the rule of law.

[68] The principles of constitutionalism and the rule of law lie at the root of democratic governance: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217. It is fundamental to the rule of law that "the law must be accessible and so far as possible intelligible, clear and predictable": Lord Bingham, "The Rule of Law" (2007), 66 *Cambridge L.J.* 67, at p. 69. Generality, promulgation, and clarity are among the essential elements of the "morality that makes law possible": L. L. Fuller, *The Morality of Law* (2nd ed. 1969), at pp. 33-39.

[69] Constitutional exemptions for mandatory minimum sentence laws raise concerns related to the rule of law and the values that underpin it: certainty, accessibility, intelligibility, clarity and predictability.

[70] As noted in the last section, a constitutional exemption under s. 24(1) is a personal remedy. The remedy proposed by Constable Ferguson is thus distinct from a s. 52 remedy that reads in an

par. 24(1) ne soit utilisé que dans le cas des dispositions législatives qui produisent des résultats constitutionnels dans la plupart des cas, et n'ont que rarement un effet inconstitutionnel, ce qui serait censément le cas de l'al. 236*a*) qui prescrit une peine minimale obligatoire. Peu importe la définition que l'on donne du cas « rare », dont il sera traité davantage plus loin, il y a risque que le rôle que devait jouer le par. 52(1) se trouve affaibli et que des dispositions législatives qui devraient être invalidées — parce que leur portée excessive crée un véritable risque que des Canadiens reçoivent un traitement inconstitutionnel — demeurent en vigueur, contrairement à ce que voulaient les rédacteurs de la *Charte*.

(4) La primauté du droit

[67] Comme nous l'avons vu, le gendarme Ferguson invoque avant tout la souplesse pour justifier les exemptions constitutionnelles. Or, celle-ci a un prix. En effet, les exemptions constitutionnelles offrent la souplesse aux dépens de la primauté du droit.

[68] Les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit sont à la base du gouvernement démocratique : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. Un principe essentiel de la primauté de droit porte que [TRADUCTION] « le droit doit être accessible et, dans la mesure du possible, intelligible, clair et prévisible » : lord Bingham, « The Rule of Law » (2007), 66 *Cambridge L.J.* 67, p. 69. Le caractère général, la promulgation et la clarté font partie des éléments essentiels de la [TRADUCTION] « moralité qui rend le droit possible » : L. L. Fuller, *The Morality of Law* (2e éd. 1969), p. 33-39.

[69] Les exemptions constitutionnelles à l'égard des dispositions qui prescrivent une peine minimale obligatoire suscitent des inquiétudes quant à la primauté du droit et aux valeurs qui la sous-tendent : la certitude, l'accessibilité, l'intelligibilité, la clarté et la prévisibilité.

[70] Comme nous l'avons vu dans la section précédente, l'exemption constitutionnelle accordée en vertu du par. 24(1) est un recours personnel. La réparation proposée par le gendarme Ferguson se

exception for a well-defined class of situations — as, for instance, the remedy in *Sharpe*. When a constitutional exemption is granted, the successful claimant receives a personal remedy under s. 24(1), but the law remains on the books, intact. As Wilson J. put it in *Osborne*, the legislation remains as enacted "in its pristine over-inclusive form" (p. 77). The mere possibility of such a remedy thus necessarily generates uncertainty: the law is on the books, but in practice, it may not apply. As constitutional exemptions are actually granted, the law in the statute books will in fact increasingly diverge from the law as applied.

[71] Constitutional exemptions from mandatory minimum sentences leave the law uncertain and unpredictable, as Le Dain J. pointed out in *Smith*. It is up to judges on a case-by-case basis to decide when to strike down a minimum sentence that is inconsistent with the *Charter*, and when to grant an individual exemption under s. 24(1). But the *Charter* is silent on how a judge should make this decision — the decision, literally, of whether the law stands or falls. In theory, all violations could be remedied under s. 24(1), leaving no role for s. 52(1). The only option would be to introduce a meta-rule as to when a s. 24(1) exemption is available and when a declaration of invalidity should be made under s. 52(1). How such a rule should be fashioned — where the line should be drawn — is far from clear. Constitutional exemptions, it is suggested, should be confined to laws that usually operate constitutionally and only occasionally result in constitutional violations. But how is the judge to decide whether the case before her is rare? The bright line required for constitutional certainty is elusive.

distingue donc d'une réparation accordée en application de l'art. 52 qui incorpore une exception pour une catégorie de situations bien définie — comme la réparation accordée dans *Sharpe*. Lorsqu'une exemption constitutionnelle est accordée, le demandeur obtient une réparation personnelle en vertu du par. 24(1), mais la disposition législative demeure intacte dans le corpus législatif. Ainsi que l'a dit la juge Wilson dans *Osborne*, la disposition législative reste en vigueur « dans sa version primitive de portée excessive » (p. 77). La simple possibilité qu'une telle réparation soit accordée crée forcément de l'incertitude : la disposition existe dans le corpus législatif, mais il se peut qu'elle ne s'applique pas, en pratique. À mesure que des exemptions constitutionnelles sont accordées, la disposition qui figure dans le corpus législatif divergera de plus en plus de la règle de droit appliquée.

[71] Les exemptions constitutionnelles en ce qui a trait aux peines minimales obligatoires créent de l'incertitude et de l'imprévisibilité ainsi que l'a souligné le juge Le Dain dans *Smith*. Il appartiendrait aux juges de décider, au cas par cas, quand invalider une peine minimale incompatible avec la *Charte* et quand accorder une exemption individuelle en application du par. 24(1). Or, la *Charte* ne précise pas comment un juge devrait prendre une telle décision — c'est-à-dire décider, littéralement, si la loi doit survivre ou non. En théorie, il serait possible de remédier à toutes les violations grâce au par. 24(1), ce qui ne laisserait aucune place pour l'application du par. 52(1). La seule option consisterait à mettre en application une règle prééminente précisant quand il est possible d'accorder une exemption en vertu du par. 24(1), et quand une déclaration d'invalidité devrait être prononcée en application du par. 52(1). La façon dont une telle règle devrait être formulée — la délimitation qui devrait être fixée — est loin d'être claire. On suggère que les exemptions constitutionnelles ne devraient être accordées qu'en ce qui a trait aux dispositions législatives qui s'appliquent de manière constitutionnelle dans la plupart des cas et qui n'entraînent que rarement une violation de la Constitution. Mais comment un juge peut-il décider si l'affaire dont il a été saisi est rare? La démarcation nette nécessaire pour qu'il y ait certitude constitutionnelle est difficile à tracer.

[72] The divergence between the law on the books and the law as applied — and the uncertainty and unpredictability that result — exacts a price paid in the coin of injustice. First, it impairs the right of citizens to know what the law is in advance and govern their conduct accordingly — a fundamental tenet of the rule of law. Second, it risks overapplication of the law; as Le Dain J. noted in *Smith*, the assumed validity of the law may prejudice convicted persons when judges must decide whether to apply it in particular cases. Third, it invites duplication of effort. The matter of constitutionality would not be resolved once and for all as under s. 52(1); in every case where a violation is suspected, the accused would be obliged to seek a constitutional exemption. In so doing, it creates an unnecessary barrier to the effective exercise of the convicted offender's constitutional rights, thereby encouraging uneven and unequal application of the law.

[73] A final cost of constitutional exemptions from mandatory minimum sentence laws is to the institutional value of effective law making and the proper roles of Parliament and the courts. Allowing unconstitutional laws to remain on the books deprives Parliament of certainty as to the constitutionality of the law in question and thus of the opportunity to remedy it. Legislatures need clear guidance from the courts as to what is constitutionally permissible and what must be done to remedy legislation that is found to be constitutionally infirm. In granting constitutional exemptions, courts would be altering the state of the law on constitutional grounds without giving clear guidance to Parliament as to what the Constitution requires in the circumstances: Rosenberg and Perrault, at p. 391. Bad law, fixed up on a case-by-case basis by the courts, does not accord with the role and responsibility of Parliament to enact constitutional laws for the people of Canada.

[72] La divergence entre la disposition figurant dans le corpus législatif et la règle de droit appliquée — ainsi que l'incertitude et l'imprévisibilité qui en découlent — a pour conséquence de créer l'injustice. Premièrement, il y a atteinte au droit des citoyens de savoir d'avance ce que prévoit la loi et de se comporter en conséquence — un principe fondamental de la primauté du droit. Deuxièmement, une trop grande application de la loi risque de survenir. En effet, ainsi que l'a mentionné le juge Le Dain dans *Smith*, la présomption de validité de la loi peut avoir des effets préjudiciables sur les personnes déclarées coupables lorsque le juge doit décider s'il doit l'appliquer dans un cas particulier. Troisièmement, il y a ouverture à un dédoublement des efforts. La question de la constitutionnalité n'est pas tranchée une fois pour toute en application du par. 52(1); dans chaque cas où l'on soupçonne qu'il y a eu violation, l'accusé est obligé de demander une exemption constitutionnelle. Il en résulte un obstacle inutile à l'exercice efficace des droits constitutionnels d'un contrevenant déclaré coupable, ce qui encourage une application inégale de la loi.

[73] Enfin, les exemptions constitutionnelles à l'égard des dispositions prescrivant une peine minimale obligatoire porteraient atteinte à la valeur institutionnelle de l'action législative efficace et aux rôles véritables du législateur et des tribunaux. Permettre que des dispositions législatives inconstitutionnelles demeurent dans le corpus législatif empêche le législateur de savoir avec certitude si la disposition législative en cause est constitutionnelle et, partant, le prive de la possibilité de la corriger. Les assemblées législatives ont besoin que les cours de justice leur indiquent clairement ce qui est permis sur le plan constitutionnel et ce qui doit être fait pour corriger une loi jugée inconstitutionnelle. En accordant des exemptions constitutionnelles, les cours de justice modifieraient l'état du droit pour des motifs constitutionnels sans indiquer clairement au législateur ce que la Constitution exige dans les circonstances : Rosenberg et Perrault, p. 391. De mauvaises lois, auxquelles les cours de justice remédient au cas par cas, ne sont pas compatibles avec le rôle et la responsabilité du législateur d'édicter des règles législatives constitutionnelles pour le peuple canadien.

V. Conclusion

[74] I conclude that constitutional exemptions should not be recognized as a remedy for cruel and unusual punishment imposed by a law prescribing a minimum sentence. If a law providing for a mandatory minimum sentence is found to violate the *Charter*, it should be declared inconsistent with the *Charter* and hence of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[75] I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Does the mandatory minimum sentence prescribed by s. 236(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, constitute cruel and unusual punishment in the appellant's case, in violation of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

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*?

Answer: It is not necessary to answer the question.

3. If the answer to Question 2 is "no", does Canadian law recognize the availability of a constitutional exemption on a case-by-case basis from the statutory mandatory minimum sentence set out in s. 236(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46?

Answer: No.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: O'Brien Devlin MacLeod, Calgary.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.

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

V. Conclusion

[74] Je conclus que l'exemption constitutionnelle ne doit pas être reconnue comme un moyen de remédier à une peine cruelle et inusitée prévue par une disposition législative prescrivant une peine minimale. Une disposition législative prescrivant une peine minimale obligatoire jugée contraire à la *Charte* doit être déclarée incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[75] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. Infliger à l'appelant la peine minimale prévue à l'al. 236*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, équivaut-il à lui infliger une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Si la réponse à la deuxième question est négative, le droit canadien permet-il d'écarter, dans un cas donné, sur le fondement de la Constitution, la peine minimale prévue à l'al. 236*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46?

Réponse : Non.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : O'Brien Devlin MacLeod, Calgary.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

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, Sainte-Foy.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, 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, Sainte-Foy.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

620 Connaught Ltd., operating as Downstream Bar, 263053 Alberta Ltd., operating as Miss Italia Ristorante, 313769 Alberta Ltd., operating as Jasper House Bungalows, 659510 Alberta Ltd., operating as Buckles Restaurant and Saloon, Alex Holdings Ltd., operating as Something Else Restaurant, Alpine Grill Ltd., operating as Alpine Grill Restaurant, Athabasca Motor Hotel (1972) Ltd., operating as Athabasca Hotel, Lina and Claudio Holdings Ltd., operating as Beckers Gourmet Restaurant, Cantonese Restaurant Ltd., Earls Restaurant (Jasper) Ltd., Fiddle River Seafood Company Ltd., George Andrew & Sons Ltd., operating as Astoria Hotel Company Limited, Glacier International Ltd., operating as Whistlers Inn, Husereau Restaurant Holdings Inc., operating as Tekarra Restaurant, Jasper Inn Investments Ltd., operating as The Inn Restaurant, Kabos Holding Ltd., operating as Karouzos Steakhouse, Kontos Investments Ltd., operating as Kontos Restaurant, L & W Vlahos Holdings Ltd., operating as L & W Restaurant, La Fiesta Restaurant Ltd., Larry Holdings Ltd., operating as Mount Robson Restaurant, Maligne Tours Ltd., Sawridge Enterprises Inc., operating as Sawridge Inn & Conference Center, T.C. Restaurants Ltd., operating as Villa Caruso Steak House & Bar and Tonquin Prime Rib Village Ltd. *Appellants*

v.

Attorney General of Canada, Minister of Environment, Superintendent of

620 Connaught Ltd., faisant affaire sous le nom de Downstream Bar, 263053 Alberta Ltd., faisant affaire sous le nom de Miss Italia Ristorante, 313769 Alberta Ltd., faisant affaire sous le nom de Jasper House Bungalows, 659510 Alberta Ltd., faisant affaire sous le nom de Buckles Restaurant and Saloon, Alex Holdings Ltd., faisant affaire sous le nom de Something Else Restaurant, Alpine Grill Ltd., faisant affaire sous le nom de Alpine Grill Restaurant, Athabasca Motor Hotel (1972) Ltd., faisant affaire sous le nom de Athabasca Hotel, Lina and Claudio Holdings Ltd., faisant affaire sous le nom de Beckers Gourmet Restaurant, Cantonese Restaurant Ltd., Earls Restaurant (Jasper) Ltd., Fiddle River Seafood Company Ltd., George Andrew & Sons Ltd., faisant affaire sous le nom de Astoria Hotel Company Limited, Glacier International Ltd., faisant affaire sous le nom de Whistlers Inn, Husereau Restaurant Holdings Inc., faisant affaire sous le nom de Tekarra Restaurant, Jasper Inn Investments Ltd., faisant affaire sous le nom de The Inn Restaurant, Kabos Holding Ltd., faisant affaire sous le nom de Karouzos Steakhouse, Kontos Investments Ltd., faisant affaire sous le nom de Kontos Restaurant, L & W Vlahos Holdings Ltd., faisant affaire sous le nom de L & W Restaurant, La Fiesta Restaurant Ltd., Larry Holdings Ltd., faisant affaire sous le nom de Mount Robson Restaurant, Maligne Tours Ltd., Sawridge Enterprises Inc., faisant affaire sous le nom de Sawridge Inn & Conference Center, T.C. Restaurants Ltd., faisant affaire sous le nom de Villa Caruso Steak House & Bar et Tonquin Prime Rib Village Ltd. *Appelantes*

c.

Procureur général du Canada, ministre de l'Environnement, directeur du Parc national

Jasper National Park and Parks Canada Agency *Respondents*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: 620 CONNAUGHT LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2008 SCC 7.

File No.: 31661.

2007: November 16; 2008: February 29.

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 — Taxation — Business licence fees — Distinction between a tax and a regulatory charge — Fees for licences required for businesses in national park selling liquor imposed pursuant to regulatory scheme under authority granted by statute to minister — Licensing fee ultra vires minister's powers if a tax — Whether annual business licence fees a tax or a regulatory charge — Constitution Act, 1867, s. 53 — Canada National Parks Act, S.C. 2000, c. 32, s. 16(1)(n), (r) — Parks Canada Agency Act, S.C. 1998, c. 31, s. 24 — National Parks General Regulations, SOR/78-213, s. 39 — National Parks of Canada Business Regulations, SOR/98-455, s. 4.

The appellants own hotels, restaurants and bars serving alcoholic beverages in Jasper National Park and must pay a fee in accordance with the Parks Canada Master List of Fees in order to have a business selling alcohol in the park. This fee is imposed under the authority granted to the Minister of Canadian Heritage pursuant to s. 24 of the *Parks Canada Agency Act*. The Agency's policy for the year in question was to attribute revenues generated in a park back to that park. At issue, given that s. 53 of the *Constitution Act, 1867* provides that only Parliament may impose a tax, is whether the National Parks Agency under the authority of the Minister imposed a regulatory charge or a tax. Both the

Jasper et Agence Parcs Canada *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : 620 CONNAUGHT LTD. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2008 CSC 7.

N° du greffe : 31661.

2007 : 16 novembre; 2008 : 29 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 — Taxation — Droits de permis commercial — Distinction entre une taxe et une redevance de nature réglementaire — Régime de réglementation établi en vertu du pouvoir que la loi accorde au ministre obligeant les commerces qui vendent de la boisson dans un parc national à payer des droits de permis — Si les droits de permis sont une taxe, ils excèdent les pouvoirs du ministre — Les droits de permis commercial payables chaque année sont-ils une taxe ou une redevance de nature réglementaire? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 53 — Loi sur les parcs nationaux du Canada, L.C. 2000, ch. 32, art. 16(1)n), r) — Loi sur l'Agence Parcs Canada, L.C. 1998, ch. 31, art. 24 — Règlement général sur les parcs nationaux, DORS/78-213, art. 39 — Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada, DORS/98-455, art. 4.

Les appelantes sont propriétaire d'hôtels, de restaurants et de bars qui vendent des boissons alcooliques dans le parc national Jasper et elles doivent, pour exploiter un commerce de vente d'alcool dans le parc, payer des droits fixés selon le tarif figurant dans la Liste maîtresse des droits en vigueur à Parcs Canada. Ces droits sont imposés en vertu du pouvoir que l'art. 24 de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada* accorde au ministre du Patrimoine canadien. Selon la pratique établie par l'Agence pour l'année en question, les recettes générées dans un parc sont affectées à ce parc. La question en litige est de savoir si, étant donné que seul le Parlement peut imposer une taxe aux termes de l'art. 53 de la *Loi*

Federal Court and the Federal Court of Appeal found the fee to be a regulatory charge and validly imposed.

Held: The appeal should be dismissed.

The business licence fees paid by the appellants in Jasper National Park are, in pith and substance, regulatory charges and *intra vires* the Minister's delegated power. The business licence fees have several of the attributes of a tax: they are (1) compulsory and enforced by law, (2) imposed under the authority of Parliament, (3) levied by a public official, the Minister, and (4) intended for a public purpose — the operation of Jasper National Park. However, they are regulatory charges because they are connected to a regulatory scheme. [24] [29]

To determine if the governmental levy is connected to a regulatory scheme, the first step is to identify the existence of a relevant regulatory scheme and, if there is such a scheme, the second step is to find a relationship between the charge and the scheme itself. Here, the regulation of Jasper National Park qualifies as a relevant regulatory scheme: (1) the *Canada National Parks Act* and the *Parks Canada Agency Act* together with the accompanying regulations form a complete, complex and detailed code governing how Jasper National Park should operate; (2) the scheme is aimed at affecting individuals' behaviour; (3) it provides for a proper estimation of the costs of the operation of the park; and (4) the appellants benefit from the regulation in that a well-maintained National Park attracts more visitors and therefore the greater the potential volume of their businesses. Also, regulations limiting development and thus the number of businesses within the Park allow the appellants to participate in a restricted market in which they are not subject to unlimited competition. With respect to the second step, the necessary relevant relationship between the fees paid by the persons being regulated and the regulatory scheme exists because the fees are tied to the costs of the regulatory scheme. While the fee revenue should not exceed the regulatory costs in order to avoid rendering s. 53 of the *Constitution Act, 1867* meaningless, the government should be given some reasonable leeway. In this case, given the evidence, it can be inferred that the fee revenues generated in Jasper National Park likely did not exceed, and certainly did not significantly exceed, the cost of the regulatory scheme for the Park. Accordingly,

constitutionnelle de 1867, l'Agence Parcs Canada a, en vertu du pouvoir accordé au ministre, imposé une redevance de nature réglementaire ou une taxe. La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont toutes deux conclu que les droits constituent une redevance de nature réglementaire et sont valides.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les droits de permis commercial versés par les appelantes dans le parc national Jasper constituent, de par leur caractère véritable, des redevances de nature réglementaire et relèvent du pouvoir délégué au ministre. Les droits de permis commercial possèdent plusieurs attributs d'une taxe : ils sont (1) obligatoires et exigibles en vertu d'une loi, (2) imposés sous l'autorité du Parlement, (3) perçus par le ministre, un représentant de l'État, (4) pour une fin d'intérêt public — l'administration du parc national Jasper. Toutefois, ces droits constituent une redevance de nature réglementaire parce qu'ils possèdent un lien avec un régime de réglementation. [24] [29]

Afin de déterminer s'il existe un lien entre le prélèvement gouvernemental et un régime de réglementation, il faut d'abord rechercher la présence d'un tel régime et, si ce régime existe, il faut ensuite déterminer s'il existe un lien entre la redevance et le régime lui-même. En l'espèce, les règlements du parc national Jasper constituent un régime de réglementation applicable : (1) la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* et la *Loi sur l'Agence Parcs Canada* ainsi que leurs règlements d'application constituent un code complet, complexe et détaillé régissant l'exploitation du parc national Jasper; (2) le régime vise à influencer le comportement des personnes; (3) il comporte une estimation appropriée des coûts d'exploitation du parc et (4) les appelantes bénéficient des règlements puisqu'un parc national bien entretenu attire plus de visiteurs et, par conséquent, le chiffre d'affaires de leurs commerces est susceptible d'être important. Également, les règlements limitant l'aménagement et, par conséquent, le nombre des commerces à l'intérieur du parc permettent aux appelantes de mener leurs activités dans un marché restreint où elles n'ont pas à subir une concurrence illimitée. À la deuxième étape, le lien nécessaire entre les droits versés par les personnes visées et le régime de réglementation existe parce que les droits sont liés aux coûts du régime de réglementation. Bien que les recettes provenant des droits ne doivent pas excéder les coûts de la réglementation afin d'éviter de priver de tout sens l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il faut laisser au gouvernement une marge de manœuvre raisonnable. En l'espèce, compte tenu de la preuve, on peut inférer que les recettes provenant des droits perçus pour le parc national Jasper n'ont

the business licence fees are connected to the regulatory scheme governing the Park. [25-27] [30-34] [37-40] [44-45]

Cases Cited

Applied: *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565; *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134; *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357; **referred to:** *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371; *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929; *Ottawa-Carleton (Regional Municipality) By-law 234-1992 (Re)*, [1996] O.M.B.D. No. 553 (QL); *Cape Breton Beverages Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 144 D.L.R. (4th) 536, aff'd (1997), 151 D.L.R. (4th) 575, leave to appeal refused, [1997] 3 S.C.R. vii.

Statutes and Regulations Cited

Bill of Rights, 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2, art. 4.
Canada National Parks Act, S.C. 2000, c. 32, ss. 4(1), 16(1)(*n*), (*r*), (3).
Constitution Act, 1867, ss. 53, 91(1A), 92(2), 125.
National Parks General Regulations, SOR/78-213, s. 39.
National Parks of Canada Businesses Regulations, SOR/98-455, s. 4.
Parks Canada Agency Act, S.C. 1998, c. 31, ss. 20(2)(*c*), 23, 24.

Authors Cited

Canada. House of Commons. Standing Committee on Environment and Sustainable Development. *Evidence*, Issue No. 40, 1st sess., 38th Parl., May 19, 2005, p. 7.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.
Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Linden, Nadon and Evans JJ.A.), [2007] 2 F.C.R. 446, 271 D.L.R. (4th) 678, 352 N.R. 177, [2006] F.C.J. No. 1083 (QL), 2006 CarswellNat 1919, 2006 FCA 252, affirming a decision of Snider J. (2005), 274 F.T.R. 311, [2005] F.C.J. No. 1107 (QL), 2005 CarswellNat 1808, 2005 FC 886. Appeal dismissed.

vraisemblablement pas dépassé, et certainement pas de manière importante, le coût du régime de réglementation du parc. Par conséquent, il existe un lien entre les droits de permis commercial et le régime de réglementation régissant le parc. [25-27] [30-34] [37-40] [44-45]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565; *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357; **arrêts mentionnés :** *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929; *Ottawa-Carleton (Regional Municipality) By-law 234-1992 (Re)*, [1996] O.M.B.D. No. 553 (QL); *Cape Breton Beverages Ltd. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 144 D.L.R. (4th) 536, conf. par (1997), 151 D.L.R. (4th) 575, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. vii.

Lois et règlements cités

Bill of Rights, 1 Will. & Mar. sess. 2, ch. 2, art. 4.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 53, 91(1A), 92(2), 125.
Loi sur l'Agence Parcs Canada, L.C. 1998, ch. 31, art. 20(2)*c*), 23, 24.
Loi sur les parcs nationaux du Canada, L.C. 2000, ch. 32, art. 4(1), 16(1)*n*), *r*), (3).
Règlement général sur les parcs nationaux, DORS/78-213, art. 39.
Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada, DORS/98-455, art. 4.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de l'environnement et du développement durable. *Témoignages*, fascicule n° 40, 1re sess., 38e lég., 19 mai 2005, p. 7.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.
Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Linden, Nadon et Evans), [2007] 2 R.C.F. 446, 271 D.L.R. (4th) 678, 352 N.R. 177, [2006] A.C.F. n° 1083 (QL), 2006 CarswellNat 3282, 2006 CAF 252, qui a confirmé une décision de la juge Snider (2005), 274 F.T.R. 311, [2005] A.C.F. n° 1107 (QL), 2005 CarswellNat 5048, 2005 CF 886. Pourvoi rejeté.

Jack N. Agrios, Q.C., and *Janice A. Agrios, Q.C.*, for the appellants.

Kirk N. Lambrecht, Q.C., and *Cheryl D. Mitchell*, for the respondents.

Janet E. Minor and *Michael S. Dunn*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] The issue in this appeal is whether the annual business licence fee for the right to sell alcoholic beverages imposed on hotels, restaurants and bars in Jasper National Park is a regulatory charge or a tax. This business licence fee is imposed under the authority granted to the Minister of Canadian Heritage pursuant to s. 24 of the *Parks Canada Agency Act*, S.C. 1998, c. 31, to "fix the fees or the manner of calculating fees in respect of products, rights or privileges provided by the [Parks Canada] Agency".

[2] Pursuant to s. 53 of the *Constitution Act, 1867*, only Parliament may impose a tax. If the business licence fee is, in pith and substance, a tax, it is *ultra vires* and beyond the jurisdiction of the Minister to impose. If the fee is, in pith and substance, a regulatory charge, it may validly be imposed under the authority of the Minister pursuant to s. 24 of the *Parks Canada Agency Act* ("*Parks Agency Act*").

[3] Both Snider J. in the Federal Court and Evans J.A. in the Federal Court of Appeal found that the fee was a regulatory charge and therefore was validly imposed: (2005), 274 F.T.R. 311, aff'd [2007] 2 F.C.R. 446. I am of the same view and would therefore dismiss this appeal.

Jack N. Agrios, c.r., et *Janice A. Agrios, c.r.*, pour les appelantes.

Kirk N. Lambrecht, c.r., et *Cheryl D. Mitchell*, pour les intimés.

Janet E. Minor et *Michael S. Dunn*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Le pourvoi porte sur la question de savoir si les droits de permis commercial versés chaque année pour l'obtention du droit de vendre des boissons alcooliques, auxquels sont assujettis les hôtels, les restaurants et les bars dans le parc national Jasper, constituent une redevance de nature réglementaire ou une taxe. Ces droits sont prescrits par le ministre du Patrimoine canadien en application de l'art. 24 de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, L.C. 1998, ch. 31, qui lui confère le pouvoir de « fixer le prix — ou le mode de calcul du prix — à payer pour la fourniture de produits ou l'attribution de droits ou d'avantages par l'Agence [Parcs Canada] ».

[2] En vertu de l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, seul le Parlement peut imposer une taxe. Si les droits de permis commercial constituent, de par leur caractère véritable, une taxe, ils sont *ultra vires* et le ministre n'a pas le pouvoir de les imposer. Si les droits sont, de par leur caractère véritable, une redevance de nature réglementaire, ils peuvent être validement imposés par le ministre en vertu du pouvoir que lui confère l'art. 24 de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*.

[3] La juge Snider de la Cour fédérale et le juge Evans de la Cour d'appel fédérale ont tous deux conclu que les droits en question constituaient une redevance de nature réglementaire et qu'ils étaient par conséquent valides : (2005), 274 F.T.R. 311, conf. à [2007] 2 R.C.F. 446. Je partage leur opinion et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. The Power to Tax

[4] Central to our concept of democracy is the principle that the Crown may not levy a tax except with the authority of Parliament or the legislature. This principle harkens back to the *Bill of Rights* of 1689, 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2, art. 4, and ensures not only "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)" (P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 246).

[5] This principle is found in s. 53 of the *Constitution Act, 1867*, which mandates that bills imposing any tax shall originate in the House of Commons. In *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565, Major J. explained the rationale underlying s. 53, at paras. 30-32:

> The provision codifies the principle of no taxation without representation, by requiring any bill that imposes a tax to originate with the legislature. My interpretation of s. 53 does not prohibit Parliament or the legislatures from vesting any control over the details and mechanism of taxation in statutory delegates such as the Lieutenant Governor in Council. Rather, it prohibits not only the Senate, but also any other body other than the directly elected legislature, from imposing a tax on its own accord.
>
> In our system of responsible government, the Lieutenant Governor in Council cannot impose a new tax *ab initio* without the authorization of the legislature. As Audette J. succinctly stated in *The King v. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75, at p. 83, "[t]he Governor in Council has no power, *proprio vigore*, to impose taxes unless under authority specifically delegated to it by Statute. The power of taxation is exclusively in Parliament."
>
> The basic purpose of s. 53 is to constitutionalize the principle that taxation powers cannot arise incidentally in delegated legislation. In so doing, it ensures parliamentary control over, and accountability for, taxation. As E. A. Driedger stated in "Money Bills and the Senate" (1968), 3 *Ottawa L. Rev.* 25, at p. 41:
>
> Through the centuries, the principle was maintained that taxation required representation and consent.

II. Le pouvoir de taxation

[4] Le principe selon lequel l'État ne peut lever une taxe que sous l'autorité du Parlement ou d'une législature est au cœur de notre notion de la démocratie. Ce principe s'inspire de l'art. 4 du *Bill of Rights* de 1689, 1 Will. & Mar. sess. 2, ch. 2, et il garantit non seulement [TRADUCTION] « 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) » (P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3e éd. 2000), p. 246).

[5] Ce principe figure à l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui exige que les projets de loi créant une taxe émanent de la Chambre des communes. Dans *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565, le juge Major a expliqué aux par. 30-32 le raisonnement qui sous-tend l'art. 53 :

> En exigeant que tout projet de loi créant une taxe émane de la législature, cette disposition codifie le principe selon lequel il ne peut y avoir de taxation sans représentation. Mon interprétation de l'art. 53 n'a pas pour effet d'interdire au Parlement ou aux législatures de confier à des délégataires prévus par la loi — tel le lieutenant-gouverneur en conseil — un certain pouvoir sur le détail de la taxe et son mécanisme d'application. Au contraire, elle interdit non seulement au Sénat mais également à tout organisme autre que la législature directement élue d'imposer une taxe de son propre chef.
>
> Dans notre système de gouvernement responsable, le lieutenant-gouverneur en conseil ne peut établir une nouvelle taxe *ab initio* sans l'autorisation de la législature. Comme l'a dit succinctement le juge Audette dans *The King c. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75, à la p. 83, [TRADUCTION] « [l]e gouverneur en conseil n'a pas le pouvoir *proprio vigore* d'établir des taxes, à moins qu'un tel pouvoir ne lui ait été expressément délégué par une loi. Le pouvoir de taxation appartient exclusivement au Parlement. »
>
> L'objet fondamental de l'art. 53 est de constitutionnaliser le principe qu'un pouvoir de taxation ne peut découler accessoirement d'une mesure législative subordonnée. Ainsi, cette disposition assure la compétence et la responsabilité des parlementaires à l'égard de la taxation. Comme l'a écrit E. A. Driedger, dans « Money Bills and the Senate » (1968), 3 *R.D. Ottawa* 25, à la p. 41 :
>
> [TRADUCTION] À travers les siècles, le principe selon lequel il ne peut y avoir taxation sans représentation

> The only body in Canada that meets this test is the Commons. The elected representatives of the people sit in the Commons, and not in the Senate, and, consistently with history and tradition, they may well insist that they alone have the right to decide to the last cent what money is to be granted and what taxes are to be imposed.

[6] The issue in this case is whether the Minister imposed a tax, which, in accordance with s. 53 of the *Constitution Act, 1867*, is beyond his statutory power since only Parliament may levy a tax.

III. Facts

[7] The appellants own all or nearly all of the hotels, restaurants and bars in Jasper National Park serving alcoholic beverages. In order to operate these establishments, they require a business licence to sell alcohol for which they must pay a fee in accordance with the Parks Canada Master List of Fees. The 2003/2004 Master List provides that the fees for a business licence for the sale of alcohol are made up of a base fee of $75 plus 3 percent of gross value purchased annually for the sale of spirits and wines, and 2 percent of gross value purchased annually for the sale of beer.

[8] The total forecasted cost of operation of Jasper National Park in 2003/2004 was $20.4 million. The total amount of business licence fees collected for the sale of alcoholic beverages in that period was $87,625. The Agency's policy for the 2003/2004 year was to attribute revenues generated in a park back to that park.

IV. Overview of Statutes and Regulations Governing National Parks

[9] The relevant statutory and regulatory provisions are contained in the appendix attached to these reasons. Parliament has jurisdiction over national parks under s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*. Two statutes and relevant subordinate

> et consentement a survécu. Au Canada, le seul organe qui remplit cette condition est la Chambre des communes. Les élus du peuple siègent aux Communes et non au Sénat, et, conformément à l'histoire et à la tradition, ils peuvent fort bien maintenir qu'eux seuls ont le droit de décider jusqu'au dernier sou des crédits qui seront accordés et des taxes qui seront imposées.

[6] En l'espèce, il s'agit de déterminer si le ministre a imposé une taxe, ce qui, suivant l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, excède les pouvoirs qui lui sont délégués étant donné que seul le Parlement peut lever une taxe.

III. Faits

[7] Les appelantes sont les propriétaires de tous ou de presque tous les hôtels, restaurants et bars dans le parc national Jasper où l'on sert des boissons alcooliques. Pour exploiter ces établissements, elles doivent être titulaires d'un permis commercial leur accordant le droit de vendre de l'alcool, pour lequel elles doivent payer des droits fixés selon le tarif figurant sur la Liste maîtresse des droits en vigueur à Parcs Canada. Selon la Liste maîtresse pour l'exercice 2003-2004, les droits pour un permis commercial autorisant la vente de l'alcool englobent des droits de base de 75 dollars plus 3 p. 100 de la valeur brute des vins et spiritueux, et 2 p. 100 de la valeur brute de la bière, que l'entreprise achète chaque année pour les besoins du commerce.

[8] Le coût total prévu pour l'exploitation du parc national Jasper en 2003-2004 s'élevait à 20,4 millions de dollars. Pendant cette période, le montant total des droits de permis commercial de vente des boissons alcooliques était de 87 625 dollars. En 2003-2004, Parcs Canada avait pour pratique d'affecter au parc les recettes générées dans ce parc.

IV. Aperçu des lois et règlements régissant les parcs nationaux

[9] Les dispositions législatives et réglementaires pertinentes figurent à l'annexe aux présents motifs. Les parcs nationaux relèvent de la compétence du Parlement fédéral en vertu du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Deux lois et leurs

regulations govern the management of all national parks in Canada. The *Canada National Parks Act*, S.C. 2000, c. 32 ("*National Parks Act*"), vests the Minister with control and management of Canada's national parks, including Jasper National Park. The second relevant statute is the *Parks Agency Act* which establishes the Parks Canada Agency as having the responsibility for the administration of the *National Parks Act* and its regulations.

[10] The obligation to obtain a licence to sell alcoholic beverages in national parks and pay the applicable licence fees arises from a combination of the relevant statutes and regulations. Sections 16(1)(*n*) and 16(1)(*r*) of the *National Parks Act* provide that the Governor in Council may make regulations respecting the control of businesses and the determination of fees for the use of park resources. Section 16(3) of the *National Parks Act* authorizes the Superintendent of a park to issue licences in relation to any matter that is the subject of regulations. Section 39 of the *National Parks General Regulations*, SOR/78-213, prohibits the sale of any intoxicating beverage unless the vendor has obtained a licence under the *National Parks of Canada Businesses Regulations*, SOR/98-455. The procedures for obtaining a licence to sell alcohol are set out in s. 4 of the *National Parks of Canada Businesses Regulations*. The licence application must be accompanied by the applicable fee fixed under s. 24 of the *Parks Agency Act*. This section states that the Minister may fix fees or the manner of calculating fees regarding products, rights and privileges provided by the Agency.

[11] The Agency has the authority to expend the revenues generated from park operations including those listed in s. 20(2)(*c*) of the *Parks Agency Act*, i.e. "proceeds from, including fees paid under any Act of Parliament in respect of, the provision by the Agency of a service, of the use of a facility or of a product, right or privilege".

règlements d'application régissent l'administration de tous les parcs nationaux au Canada. La *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, L.C. 2000, ch. 32 (« *Loi sur les parcs nationaux* »), confie au ministre la gestion et l'administration des parcs nationaux du Canada, y compris le parc national Jasper. La deuxième loi applicable est la *Loi sur l'Agence Parcs Canada* qui charge l'Agence Parcs Canada de l'administration de la *Loi sur les parcs nationaux* et de ses règlements.

[10] L'obligation d'obtenir un permis pour vendre des boissons alcooliques dans les parcs nationaux et de payer les droits afférents découle d'une combinaison des dispositions législatives et réglementaires applicables. Les alinéas 16(1)*n*) et 16(1)*r*) de la *Loi sur les parcs nationaux* prévoient que le gouverneur en conseil peut prendre des règlements concernant la réglementation des commerces et la fixation des droits pour l'utilisation des ressources qu'offrent les parcs. Le paragraphe 16(3) de la *Loi sur les parcs nationaux* autorise le directeur d'un parc à délivrer des permis concernant les matières visées par les règlements. L'article 39 du *Règlement général sur les parcs nationaux*, DORS/78-213, interdit la vente des boissons enivrantes sans une autorisation conforme au *Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada*, DORS/98-455. La procédure d'obtention d'un permis de vente de boissons alcoolisées est prévue à l'art. 4 du *Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada*. La demande de permis doit être accompagnée des droits fixés en application de l'art. 24 de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*. Cet article prévoit que le ministre peut fixer le prix — ou le mode de calcul du prix — à payer pour la fourniture de produits ou l'attribution de droits ou d'avantages par l'Agence.

[11] L'Agence peut dépenser les recettes provenant de l'exploitation des parcs, notamment celles dont il est fait mention à l'al. 20(2)*c*) de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, c'est-à-dire « le produit — y compris le prix à payer aux termes d'une loi fédérale — tiré de la fourniture par elle de services, d'installations, de produits, de droits ou d'avantages ».

V. Appellants' Position

[12] The appellants' complaint is with respect to the fees they are required to pay on the purchase of alcohol (3 percent on wine and spirits and 2 percent on beer). The percentage fee together with the base fee of $75 amounted to $87,625 in 2003/2004.

[13] The appellants say that if, as found by the Federal Court and Federal Court of Appeal, the regulatory scheme relevant to the business licence fees imposed on them was the administration and operation of Jasper National Park, the fees they pay are unconnected to the regulation of their businesses or even businesses generally in Jasper National Park. As such, they constitute a tax and not a regulatory charge. Alternatively, the appellants contend that a regulatory scheme must be more precisely defined in order for the amounts collected to be valid regulatory charges, such as the regulation of businesses generally or businesses selling alcoholic beverages in Jasper National Park. However, if this more precise regulatory scheme is considered, there would be no nexus between the cost of the scheme and the business licence fees collected since the revenues collected would disproportionally exceed the costs of the regulatory scheme. In either case, the charge qualifies as a tax which is *ultra vires* the Minister's powers.

VI. Respondent's Position

[14] The government says that the business licence fees paid by the appellants are ancillary or adhesive to the regulatory scheme governing the administration and operation of Jasper National Park. The fees collected were used to defray the cost of administration and operation of the park. As such, they qualify as regulatory charges and not as taxes. The government does not rely on a narrower regulatory scheme regulating only businesses generally or businesses selling alcoholic beverages in the park.

V. Position des appelantes

[12] Les appelantes se plaignent des droits qu'elles sont tenues de payer à l'égard de l'alcool qu'elles achètent (3 p. 100 du prix des vins et spiritueux et 2 p. 100 du prix de la bière). En 2003-2004, elles ont payé les droits calculés en pourcentage et les droits au tarif de base de 75 dollars pour un montant total de 87 625 dollars.

[13] Les appelantes affirment que si, comme l'ont décidé la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale, le régime de réglementation applicable aux droits qui leurs sont imposés pour les permis commerciaux concerne l'administration et l'exploitation du parc national Jasper, les droits qu'elles paient n'ont aucun lien avec la réglementation de leur commerce ou même des commerces en général dans le parc national Jasper. Ainsi, les droits en question constituent une taxe et non une redevance de nature réglementaire. Subsidiairement, les appelantes font valoir qu'il faut, pour que les sommes perçues constituent des redevances de nature réglementaire valides, que le régime de réglementation soit plus précis, en visant par exemple l'ensemble des commerces du parc national Jasper ou les commerces qui y vendent des boissons alcooliques. Toutefois, en présence de ce régime de réglementation plus précis, il n'y aurait pas de lien entre le coût du régime et les droits de permis commercial perçus étant donné que les recettes dépasseraient de façon disproportionnée les coûts du régime. Dans un cas comme dans l'autre, la redevance constitue une taxe qui excède les pouvoirs du ministre.

VI. Position de l'intimé

[14] Le gouvernement affirme que les droits de permis commercial que les appelantes ont acquittés sont accessoires ou rattachés au régime de réglementation régissant l'administration et l'exploitation du parc national Jasper. Les droits perçus ont été utilisés pour couvrir les coûts d'administration et d'exploitation du parc. Il s'agit donc de redevances de nature réglementaire et non de taxes. Le gouvernement ne s'appuie pas sur un régime de réglementation plus ciblé ne visant que les commerces en général, ou les commerces qui vendent des boissons alcooliques dans le parc.

VII. Selecting the Appropriate Regulatory Scheme

[15] The narrow scheme proposed by the appellants focuses exclusively on the regulation of the sale of alcoholic beverages, or alternatively the regulation of businesses, in Jasper National Park. However, the appellants benefit from such things as heritage presentations, visitors' services and highway maintenance in the park. To focus only on the regulation of the sale of alcohol or the regulation of businesses ignores the reality that the appellants' businesses benefit from their location in and the operation and regulation of the park as a whole. The *National Parks Act*, the *Parks Agency Act* and the regulations together comprise the regulatory scheme governing Jasper National Park. I conclude that the appropriate regulatory scheme to consider in this case is therefore the regulatory scheme governing the administration and operation of Jasper National Park.

VIII. Analysis

1. *Analysing Whether a Government Levy is a Tax or a Regulatory Charge*

[16] The task for the Court is to identify whether the fees paid by the appellants are, in pith and substance, a tax or a regulatory charge. The pith and substance of a levy is its dominant or most important characteristic. The dominant or most important characteristics are to be distinguished from its incidental features (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), vol. 1, at pp. 433-36). The fees in this case have characteristics of both a tax and regulatory charges. The Court must ascertain which is dominant and which is incidental.

[17] In the context of whether a government levy is a tax or a regulatory charge, it is the *primary purpose* of the law that is determinative. Although the law may have incidental effects, its primary purpose will determine whether it is a tax or a regulatory

VII. Le régime de réglementation approprié

[15] Le régime de réglementation ciblé proposé par les appelantes vise uniquement la réglementation de la vente de boissons alcoolisées, ou subsidiairement les commerces, dans le parc national Jasper. Toutefois, les appelantes tirent profit, entre autres choses, de la mise en valeur du patrimoine, des services aux visiteurs et de l'entretien du réseau routier dans le parc. En mettant l'accent uniquement sur la réglementation de la vente de boissons alcoolisées ou sur la réglementation des commerces, on fait abstraction de la situation existante, à savoir que les appelantes bénéficient de la présence de leurs commerces dans le parc national Jasper de même que de l'exploitation et de la réglementation du parc dans son ensemble. La *Loi sur les parcs nationaux*, la *Loi sur l'Agence Parcs Canada* ainsi que les règlements d'application constituent ensemble le régime de réglementation qui régit le parc national Jasper. Je conclus que le régime de réglementation qu'il convient d'examiner en l'espèce est celui qui régit l'administration et l'exploitation du parc national Jasper.

VIII. Analyse

1. *Un prélèvement gouvernemental est-il une taxe ou une redevance de nature réglementaire?*

[16] Notre Cour doit décider si les droits versés par les appelantes constituent, de par leur caractère véritable, une taxe ou une redevance de nature réglementaire. Le caractère véritable du prélèvement s'entend de ses principales ou plus importantes caractéristiques, qu'il faut distinguer de ses caractéristiques accessoires (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. 2007), vol. 1, p. 433-436). Les caractéristiques des droits en cause tiennent à la fois de la taxe et de la redevance de nature réglementaire. La Cour doit déterminer quelles sont les caractéristiques principales et lesquelles sont accessoires.

[17] Pour déterminer si un prélèvement gouvernemental constitue une taxe ou une redevance de nature réglementaire, c'est l'*objet principal* du régime législatif qui est l'élément déterminant. Bien que le régime législatif puisse produire des

fee. In *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134, Gonthier J. described the pith and substance of a government levy in terms of its primary purpose. At para. 30, he stated:

> In all cases, a court should identify the primary aspect of the impugned levy. . . . Although in today's regulatory environment, many charges will have elements of taxation and elements of regulation, the central task for the court is to determine whether the levy's primary purpose is, in pith and substance: (1) to tax, i.e., to raise revenue for general purposes; (2) to finance or constitute a regulatory scheme, i.e., to be a regulatory charge or to be ancillary or adhesive to a regulatory scheme; or (3) to charge for services directly rendered, i.e., to be a user fee. [Emphasis deleted.]

There is no suggestion in this case that the levy is a user fee for the provision of government services or facilities. The sole question is whether in pith and substance the levy is a tax or a regulatory charge.

[18] The issue of whether a levy is a tax or a regulatory charge has been considered on prior occasions by this Court. The issue was relevant when determining the constitutionality of a provincial levy that had indirect tendencies (*Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371, and *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929). If it was a tax, it would be *ultra vires* the province whose taxing authority under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867* is restricted to direct taxes within the province. However, if it was a regulatory charge, the province was constitutionality competent to impose such charge. It was also relevant when deciding if a by-law of an Indian band enacted a system of taxation under the purported authority of the *Indian Act*, for if it was, it could not be applied to an agent of the provincial Crown by reason of s. 125 of the *Constitution Act, 1867*

effets accessoires, son objet principal permettra de déterminer si le prélèvement constitue une taxe ou une redevance de nature réglementaire. Dans l'arrêt *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134, le juge Gonthier a décrit le caractère véritable d'un prélèvement gouvernemental en fonction de son objet principal. Il s'est exprimé ainsi au par. 30 :

> Dans tous les cas, le tribunal doit identifier la caractéristique principale du prélèvement contesté. [. . .] Même si, dans l'environnement réglementaire d'aujourd'hui, plusieurs redevances comportent des éléments de taxation et des éléments de réglementation, la tâche essentielle du tribunal est de déterminer si, de par son caractère véritable, l'objet principal du prélèvement est : (1) de taxer, c.-à-d., percevoir des revenus à des fins générales; (2) de financer ou de créer un régime de réglementation, c.-à-d., être une redevance de nature réglementaire ou être accessoire ou rattaché à un régime de réglementation; ou, (3) de recevoir paiement pour des services directement rendus, c.-à-d., être des frais d'utilisation. [Soulignement omis.]

En l'espèce, rien ne porte à croire que le prélèvement tient lieu de frais d'utilisation perçus pour la fourniture d'installations ou la prestation de services gouvernementaux. La seule question est de savoir si, de par son caractère véritable, le prélèvement constitue une taxe ou une redevance de nature réglementaire.

[18] Notre Cour a examiné à quelques reprises la question de savoir si un prélèvement est une taxe ou une redevance de nature réglementaire. Cette question s'est révélée pertinente dans l'examen de la constitutionnalité d'un prélèvement provincial présentant des aspects de taxation indirecte (*Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371, et *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929). S'il s'agissait d'une taxe, elle outrepassait les pouvoirs que le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux provinces, qui se limitent à l'imposition de taxes directes dans la province. Toutefois, s'il s'agissait d'une redevance de nature réglementaire, la province avait la compétence constitutionnelle pour l'imposer. La question s'est également révélée pertinente pour décider si un règlement pris par une bande indienne édictait un régime fiscal en vertu des pouvoirs que la *Loi*

(*Westbank*). However, determining whether a government levy is *ultra vires* a Minister's delegated power has not yet been addressed by this Court.

2. *Regulatory Charges Distinguished From User Fees*

[19] It will be useful to first differentiate a regulatory charge from a user fee. A user fee, by definition, is a fee charged by the government for the use of government services or facilities. In the case of user fees, as stated by this Court in *Eurig*, there must be a clear nexus between the quantum charged and the cost to the government of providing such services or facilities. The fees charged cannot exceed the cost to the government of providing the services or facilities. However, "courts will not insist that fees correspond precisely to the cost of the relevant service. As long as a reasonable connection is shown between the cost of the service provided and the amount charged, that will suffice" (see *Eurig*, at para. 22).

[20] By contrast, regulatory charges are not imposed for the provision of specific services or facilities. They are normally imposed in relation to rights or privileges awarded or granted by the government. The funds collected under the regulatory scheme are used to finance the scheme or to alter individual behaviour. The fee may be set simply to defray the costs of the regulatory scheme. Or the fee may be set at a level designed to proscribe, prohibit or lend preference to a behaviour, e.g. "[a] per-tonne charge on landfill waste may be levied to discourage the production of waste [or a] deposit-refund charge on bottles may encourage recycling of glass or plastic bottles" (see *Westbank*, at para. 29, referring to *Ottawa-Carleton (Regional Municipality) By-law 234-1992 (Re)*, [1996] O.M.B.D. No. 553 (QL), and *Cape Breton Beverages Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 144 D.L.R. (4th) 536 (N.S.S.C.) (aff'd (1997), 151 D.L.R. (4th) 575

sur les Indiens aurait conférés, car si tel était le cas, ce régime ne pouvait, en raison de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, s'appliquer à un organisme relevant de la Couronne provinciale (*Westbank*). Toutefois, cette Cour n'a pas encore déterminé si un prélèvement gouvernemental excède les pouvoirs délégués à un ministre.

2. *La distinction entre les redevances de nature réglementaire et les frais d'utilisation*

[19] Il est utile dans un premier temps de déterminer ce qui distingue les redevances de nature réglementaire des frais d'utilisation. Les frais d'utilisation, par définition, sont des droits prélevés par le gouvernement pour l'utilisation d'installations ou de services gouvernementaux. Dans ce cas, comme la Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Eurig*, il doit exister un lien clair entre la somme exigée et ce qu'il en coûte au gouvernement pour fournir les services ou les installations. Les frais exigés ne peuvent dépasser ce qu'il en coûte au gouvernement pour fournir les services ou les installations. Toutefois, « les tribunaux n'exigent pas que la somme demandée corresponde précisément au coût du service fourni. Dans la mesure où il existe un rapport raisonnable entre le coût du service fourni et la somme exigée, cela suffit » (voir *Eurig*, par. 22).

[20] Par contre, les redevances de nature réglementaire ne sont pas exigées pour la fourniture d'installations ou de services particuliers. Elles sont habituellement exigées à l'égard de droits ou d'avantages accordés par le gouvernement. Les sommes perçues en vertu du régime de réglementation servent à financer le régime ou visent à modifier les comportements. Les droits peuvent être fixés simplement pour défrayer les coûts du régime de réglementation. Ou encore, ils peuvent être fonction du montant estimé nécessaire pour proscrire, interdire ou favoriser un comportement, par exemple « [u]ne redevance par tonne de déchets pour les sites d'enfouissement peut servir à décourager la production de déchets [. . .] [ou une] consigne remboursable peut favoriser le recyclage de bouteilles de verre et de plastique » (voir *Westbank*, par. 29, citant les décisions *Ottawa-Carleton (Regional Municipality) By-law 234-1992 (Re)*, [1996] O.M.B.D. No. 553

(N.S.C.A.), leave to appeal refused, [1997] 3 S.C.R. vii)).

[21] There is no suggestion that the business licence fees in this case are user fees and the government does not take the position that the fees are set at a level so as to proscribe, prohibit or lend preference to certain conduct. Consequently, the question is whether, in pith and substance, the licence fees constitute a tax or a regulatory charge which is used to defray the costs of a regulatory scheme.

3. *The Characteristics of a Tax*

[22] In *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357, Duff J. (as he then was) identified the characteristics of a tax (pp. 362-63). In *Eurig*, Major J. summarized the *Lawson* characteristics of a tax at para. 15:

> Whether a levy is a tax or a fee was considered in *Lawson*, *supra*. Duff J. for the majority concluded that the levy in question was a tax because it was: (1) enforceable by law; (2) imposed under the authority of the legislature; (3) levied by a public body; and (4) intended for a public purpose.

[23] These characteristics will likely apply to most government levies. The question is whether these are the dominant characteristics of the levy or whether they are only incidental.

4. *Distinguishing a Regulatory Charge From a Tax*

[24] The distinction between a tax and a regulatory charge was not the way in which the Court in *Lawson* dealt with the matter before it. To address that issue, Gonthier J. in *Westbank* added a fifth consideration to those articulated by Duff J. in *Lawson*: that the government levy would be in pith and substance a tax if it was "unconnected to any form of a regulatory scheme" (para. 43). This fifth consideration provides that even if the levy has all

(QL), et *Cape Breton Beverages Ltd. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 144 D.L.R. (4th) 536 (C.S.N.-É.) (conf. par (1997), 151 D.L.R. (4th) 575 (C.A.N.-É.), autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. vii)).

[21] Nul n'a laissé entendre qu'en l'espèce, les droits de permis commercial sont des frais d'utilisation et le gouvernement ne prétend pas que le montant des droits est fixé de manière à proscrire, interdire ou favoriser un comportement. Il s'agit donc de déterminer si, de par leur caractère véritable, les droits de permis constituent une taxe ou une redevance de nature réglementaire employée pour défrayer les coûts d'un régime de réglementation.

3. *Les caractéristiques d'une taxe*

[22] Dans l'arrêt *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357, le juge Duff (plus tard Juge en chef) a proposé les caractéristiques d'une taxe (p. 362-363). Dans *Eurig*, le juge Major a résumé ainsi ces caractéristiques au par. 15 :

> Notre Cour s'est penchée sur la question de savoir si une somme donnée constitue une taxe ou des frais dans l'arrêt *Lawson*, précité. Le juge Duff a conclu, au nom de la majorité, que la somme en question était une taxe parce qu'elle était : (1) exigée par la loi, (2) imposée sous l'autorité de la législature, (3) perçue par un organisme public, (4) pour une fin d'intérêt public.

[23] Il est probable que ces caractéristiques s'appliquent à la plupart des prélèvements gouvernementaux. Il faut se demander s'il s'agit là des caractéristiques principales du prélèvement ou si elles sont simplement accessoires.

4. *La distinction entre une redevance de nature réglementaire et une taxe*

[24] Dans *Lawson*, la Cour n'a pas traité la question dont elle était saisie en faisant la distinction entre une taxe et une redevance de nature réglementaire. Abordant cette question dans l'arrêt *Westbank*, le juge Gonthier a ajouté un cinquième indice à ceux énoncés par le juge Duff dans *Lawson*, à savoir que le prélèvement gouvernemental constitue, de par son caractère véritable, une taxe s'il ne possède « aucun lien avec une forme de régime de réglementation »

the other indicia of a tax, it will be a regulatory charge if it is connected to a regulatory scheme.

[25] In *Westbank*, Gonthier J. established a two-step approach to determine if the governmental levy is connected to a regulatory scheme. The first step is to identify the existence of a relevant regulatory scheme. To do so:

> [A] court should look for the presence of some or all of the following indicia of a regulatory scheme: (1) a complete, complex and detailed code of regulation; (2) a regulatory purpose which seeks to affect some behaviour; (3) the presence of actual or properly estimated costs of the regulation; (4) a relationship between the person being regulated and the regulation, where the person being regulated either benefits from, or causes the need for, the regulation. [para. 44]

The first three considerations establish the existence of a regulatory scheme. The fourth consideration establishes that the regulatory scheme is relevant to the person being regulated.

[26] Although this list of factors provides a useful guide, it is not to be treated as if the factors were prescribed by statute. As stated by Gonthier J., at para. 24:

> This is only a list of factors to consider; not all of these factors must be present to find a regulatory scheme. Nor is this list of factors exhaustive.

Nonetheless, there must be criteria establishing a regulatory scheme and its relevance to the person being regulated.

[27] Provided that a relevant regulatory scheme is found to exist, the second step is to find a relationship between the charge and the scheme itself.

> This [relationship] will exist when the revenues are tied to the costs of the regulatory scheme, or where the charges themselves have a regulatory purpose, such as the regulation of certain behaviour.

(*Westbank*, at para. 44)

(par. 43). Ce cinquième indice prévoit que, même s'il comporte toutes les autres caractéristiques d'une taxe, le prélèvement constituera une redevance de nature réglementaire s'il possède un lien avec un régime de réglementation.

[25] Dans l'arrêt *Westbank*, le juge Gonthier a établi une démarche en deux étapes afin de déterminer s'il existe un lien entre le prélèvement gouvernemental et un régime de réglementation. Il faut dans un premier temps rechercher la présence d'un tel régime. Pour ce faire

> le tribunal doit rechercher la présence d'un ou de plusieurs des indices suivants : (1) un code de réglementation complet, complexe et détaillé; (2) un objet de réglementation qui cherche à influencer un comportement donné; (3) la présence de coûts réels ou estimés liés à la réglementation; (4) un rapport entre la réglementation et la personne visée qui en bénéficie ou qui en a causé le besoin. [par. 44]

Les trois premiers indices établissent l'existence d'un régime de réglementation. Le quatrième établit un rapport entre le régime de réglementation et la personne visée.

[26] Bien que cette liste d'indices constitue un guide utile, il ne faut pas la considérer comme s'il s'agissait d'indices prescrits par la loi. Le juge Gonthier l'a indiqué comme suit au par. 24 :

> Il ne s'agit que d'une liste de facteurs à examiner; il n'est pas nécessaire qu'ils soient tous présents pour conclure à l'existence d'un régime de réglementation. La liste n'est pas exhaustive non plus.

Néanmoins, des critères doivent régir l'établissement d'un régime de réglementation et son application aux personnes visées.

[27] S'il conclut à la présence d'un régime de réglementation, le tribunal doit, dans un deuxième temps, déterminer s'il existe un lien entre la redevance et le régime lui-même :

> Il en est ainsi lorsque les revenus sont liés aux coûts du régime de réglementation ou lorsque les redevances elles-mêmes ont un objet de réglementation, comme la réglementation d'un comportement donné.

(*Westbank*, par. 44)

[28] In summary, if there is a regulatory scheme and it is found to be relevant to the person being regulated under step one, and there is a relationship between the levy and the scheme itself under step two, the pith and substance of the levy will be a regulatory charge and not a tax. In other words, the dominant features of the levy will be its regulatory characteristics. Therefore, the questions to ask are: (1) Have the appellants demonstrated that the levy has the attributes of a tax? and (2) Has the government demonstrated that the levy is connected to a regulatory scheme? To answer the first question, one must look to the indicia established in *Lawson*. To answer the second question, one must proceed with the two-step analysis in *Westbank*.

(a) Do the Business Licence Fees Have the Attributes of a Tax?

[29] Certainly the business licence fees have the attributes of a tax. They are compulsory and enforced by law, imposed under the authority of Parliament, levied by the Minister, a public official, and intended for a public purpose — the operation of Jasper National Park. However, it is still necessary to determine whether there is a relevant regulatory scheme and whether the fees are connected to that regulatory scheme, in which case the appellants' licence fees will be considered regulatory charges and not taxes.

(b) Are the Business Licence Fees Connected to a Regulatory Scheme?

Step 1: The Criteria for Identifying the Existence of a Relevant Regulatory Scheme: Is the Regulatory Scheme Governing the Administration and Operation of Jasper National Park Relevant to the Appellants?

[30] The first *Westbank* criterion is the presence of a "complete, complex and detailed code

[28] Bref, si à la première étape le tribunal a conclu qu'il existe un régime de réglementation et que ce régime est applicable à la personne visée, et à la deuxième étape il a conclu à l'existence d'un lien entre le prélèvement et le régime lui-même, le prélèvement constituera, de par son caractère véritable, une redevance de nature réglementaire et non une taxe. En d'autres termes, ce sont les caractéristiques de réglementation du prélèvement qui constitueront ses principaux attributs. Par conséquent, il faut se demander (1) si les appelantes ont démontré que le prélèvement possède les attributs d'une taxe et (2) si le gouvernement a démontré qu'il existe un lien entre le prélèvement et le régime de réglementation. Pour répondre à la première question, il faut se reporter aux indices énoncés dans l'arrêt *Lawson*. Pour répondre à la deuxième, il faut procéder à l'analyse en deux étapes proposée dans l'arrêt *Westbank*.

(a) Les droits de permis commercial ont-ils les attributs d'une taxe?

[29] Il ne fait pas de doute que les droits de permis commercial possèdent les attributs d'une taxe. Ils sont obligatoires et exigibles en vertu d'une loi, imposés sous l'autorité du Parlement, perçus par le ministre, un représentant de l'État, pour une fin d'intérêt public — l'administration du parc national Jasper. Toutefois, il demeure nécessaire de déterminer s'il existe un régime de réglementation applicable et s'il existe un lien entre les droits et le régime de réglementation. Dans l'affirmative, les droits de permis imposés aux appelantes constitueront des redevances de nature réglementaire et non des taxes.

(b) Existe-t-il un lien entre les droits de permis commercial et un régime de réglementation?

1re étape : les critères visant à déterminer l'existence d'un régime de réglementation applicable : le régime de réglementation qui régit l'administration et l'exploitation du parc national Jasper s'applique-t-il aux appelantes?

[30] Selon le premier critère de l'arrêt *Westbank*, il doit exister « un code de réglementation complet,

of regulation". Jasper National Park exists and operates under an overarching statutory scheme which includes the *National Parks Act* and the *Parks Agency Act*, together with the regulations. Some of these regulations apply only to specific parks; there are even regulations applying specifically to the town of Jasper. However, the majority of the regulations relate to the management of all national parks. These regulations range from wildlife management to traffic provisions. Read in conjunction with the two Acts, these regulations establish how services, rights and privileges are obtained, what is prohibited within the parks and to whom authority is delegated. Together, these statutes and the regulations form a complete and detailed scheme of how Jasper National Park should operate. Therefore, the first of the regulatory scheme criteria is satisfied.

complexe et détaillé ». Le parc national Jasper a été créé et est exploité en vertu d'un régime législatif global qui comprend la *Loi sur les parcs nationaux* et la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, ainsi que les règlements d'application. Certains de ces règlements visent uniquement des parcs en particulier; certains règlements s'appliquent même uniquement à la ville de Jasper. Toutefois, la majorité des règlements concerne l'administration de tous les parcs nationaux. Ces règlements touchent des sujets variés pouvant aller de l'aménagement de la faune à la circulation automobile. Interprétés conjointement avec les deux lois, ces règlements prévoient la façon d'obtenir les services, les droits et les avantages offerts, les activités interdites à l'intérieur des parcs et les titulaires des pouvoirs délégués. Ensemble, ces lois et règlements constituent un régime complet et détaillé régissant l'exploitation du parc national Jasper. Par conséquent, le premier critère relatif à l'existence d'un régime de réglementation est rempli.

[31] The second criterion is whether the operation of Jasper National Park is a regulatory scheme which is aimed at affecting individuals' behaviour. The purpose of national parks is set out in s. 4(1) of the *National Parks Act*:

> The national parks of Canada are hereby dedicated to the people of Canada for their benefit, education and enjoyment, subject to this Act and the regulations, and the parks shall be maintained and made use of so as to leave them unimpaired for the enjoyment of future generations.

The operation of Jasper National Park must be in accordance with this principle. The object of operating the park for the benefit, education and enjoyment of the people of Canada is intended to encourage the use of the park by Canadians, while preserving the integrity of the park for the future. Regulation of the behaviour of current visitors to and businesses in the park so that they do not use the park in a manner which would impair enjoyment of the park by present and future generations helps to achieve these goals. The second criterion is satisfied.

[31] Le deuxième critère consiste à déterminer si l'exploitation du parc national Jasper constitue un régime de réglementation de nature à influencer le comportement des personnes. Selon le par. 4(1) de la *Loi sur les parcs nationaux*, les parcs nationaux doivent satisfaire aux objectifs suivants :

> Les parcs sont créés à l'intention du peuple canadien pour son agrément et l'enrichissement de ses connaissances; ils doivent être entretenus et utilisés conformément à la présente loi et aux règlements de façon à rester intacts pour les générations futures.

Le parc national Jasper doit être exploité en conformité avec ce principe. Le parc est exploité pour l'agrément du peuple canadien et l'enrichissement de ses connaissances dans le but d'encourager les Canadiens à l'utiliser tout en préservant son intégrité pour l'avenir. La réglementation du comportement des visiteurs et des commerces dans le parc, qui fait en sorte que le parc ne soit pas exploité de façon à nuire à son utilisation par les générations actuelles et futures, favorise la réalisation de ces objectifs. Le deuxième critère est rempli.

[32] The third criterion for identifying a regulatory scheme is the presence of a proper estimation of the costs; in this case the cost of the operation of Jasper National Park. This criterion is satisfied. Snider J. found that the forecast of expenditures for the park in 2003/2004 was estimated to be $20.4 million.

[33] The evidence demonstrates that the regulation of Jasper National Park meets the first three criteria in *Westbank* and is therefore a regulatory scheme for purposes of the analysis.

[34] The fourth criterion is the existence of a relationship between the regulation and the person being regulated, where the person being regulated either causes the need for the regulation or benefits from it. In *Allard*, this Court recognized that companies that removed gravel benefited from the roads that were funded from the fees collected for the removal of gravel. In *Ontario Home Builders'*, the majority found that the benefit conferred on construction contractors was the creation of residential developments with adequate amenities. The same approach is applicable here. The appellants benefit from the existence of a well-maintained national park. The appellants' revenues are linked to the number of visitors coming each year to Jasper National Park. The more the park attracts visitors, the greater the potential volume of the appellants' business. Also, regulations limiting development and thus the number of businesses within the park allow the appellants to participate in a restricted market in which they are not subject to unlimited competition. These factors demonstrate that the appellants benefit from the regulation of Jasper National Park.

[35] However, where a regulatory scheme is very broad, the scheme may not be sufficiently related to the persons being regulated either because the regulation does not benefit those persons, or because those persons do not cause the need for the regulation, except in a very indirect manner. In such a case, the fees may be found to be a tax. Evans J.A.

[32] Le troisième critère visant à déterminer l'existence d'un régime de réglementation est la présence d'une estimation appropriée des coûts, soit en l'espèce, les coûts afférents à l'exploitation du parc national Jasper. Ce critère est également rempli. La juge Snider a conclu que les dépenses prévues pour l'exercice 2003-2004 s'élevaient à 20,4 millions de dollars.

[33] La preuve démontre que les règlements du parc national Jasper remplissent les trois premiers critères de l'arrêt *Westbank*; ces règlements constituent donc, pour les besoins de l'analyse, un régime de réglementation.

[34] Le quatrième critère consiste en l'existence d'un rapport entre la réglementation et la personne visée, qui en bénéficie ou qui en a causé le besoin. Dans l'arrêt *Allard*, notre Cour a reconnu que les entreprises qui enlevaient du gravier tiraient avantage de l'utilisation des routes qui étaient financées à même les droits exigés pour l'enlèvement du gravier. Dans l'arrêt *Ontario Home Builders'*, les juges majoritaires ont conclu que les entrepreneurs en construction tiraient avantage de la construction d'ensembles résidentiels dotés de services publics adéquats. Ce même raisonnement s'applique en l'espèce. Les appelantes bénéficient de l'existence d'un parc national bien entretenu. Leurs revenus sont fonction du nombre de visiteurs qui fréquentent chaque année le parc national Jasper. Plus le parc attire de visiteurs, plus le chiffre d'affaires des appelantes est susceptible d'être important. Également, les règlements limitant l'aménagement et, par conséquent, le nombre des commerces à l'intérieur du parc, permettent aux appelantes de mener leurs activités dans un marché restreint où elles n'ont pas à subir une concurrence illimitée. Ces facteurs montrent que les appelantes tirent avantage de la réglementation du parc national Jasper.

[35] Toutefois, si un régime de réglementation est très large, il pourrait ne pas avoir avec les personnes visées des liens suffisamment étroits, soit parce que les règlements ne bénéficient pas à ces personnes, soit parce que ces personnes ne causent pas le besoin de ces règlements, sauf d'une façon très indirecte. Dans un tel cas, on pourrait conclure que

recognized the need for a sufficient relationship in his reasons, at paras. 44-45:

The fees in the present case were not attributed to the operations of the Department of Canadian Heritage at large nor even, more specifically, to the administration of the entire system of national parks. The licence fees paid by the appellants were attributed to the operating budget of the very park, Jasper, in which the appellants conducted their businesses. Any aspect of the operation of Jasper National Park which makes it more attractive to visitors, including on-site heritage presentations, visitor services and through highways, increases the appellants' potential customer base.

In contrast, the appellants obtain only a very indirect benefit at best from the operation of other national parks and from the central administration of the responsible Department and the Parks Canada Agency. In my opinion, the analogies relied on by the appellants would be more persuasive if the Crown were arguing that the relevant regulatory scheme was the operation and administration of the national parks system as a whole.

[36] The safeguard against an insufficient relationship can be found in this *Westbank* criterion: "[The] relationship between the person being regulated and the regulation, where the person being regulated either benefits from, or causes the need for, the regulation." Here, there is a close relationship between the appellants' businesses and the regulation of Jasper National Park.

[37] Since all four of the *Westbank* criteria are met, the regulation of Jasper National Park qualifies as a relevant regulatory scheme.

Step 2: The Relationship Between the Business Licence Fees and the Regulation of Jasper National Park

[38] In order for a regulatory charge intended to defray the costs of a regulatory scheme to be "connected", the fee revenue must be tied to the costs of the regulatory scheme. The trial judge, at para. 16, found that "[i]n general, the imposition of fees is designed to offset the costs of operating and

les droits sont une taxe. Le juge d'appel Evans a reconnu la nécessité d'un lien suffisant aux par. 44-45 de ses motifs :

Dans la présente affaire, les droits à payer n'étaient pas affectés aux activités du ministère du Patrimoine canadien globalement, ni même, plus précisément, à l'administration du réseau général des parcs nationaux. Les droits de permis payés par les appelantes étaient affectés au budget de fonctionnement du parc Jasper lui-même, où les appelantes exploitaient leurs commerces. Tout aspect du fonctionnement du parc national Jasper qui rend ce parc plus attrayant pour les visiteurs, y compris les mises en valeur du patrimoine, les services aux visiteurs et les voies de transit, accroît la clientèle possible des appelantes.

En revanche, les appelantes n'obtiennent au mieux qu'un avantage très indirect de l'exploitation d'autres parcs nationaux, ainsi que de l'administration centrale du ministère responsable et de l'Agence Parcs Canada. À mon avis, les analogies invoquées par les appelantes seraient plus convaincantes si la Couronne faisait valoir que le régime pertinent de réglementation était le fonctionnement et l'administration du réseau tout entier des parcs nationaux.

[36] La protection contre un lien insuffisant peut se trouver dans ce critère de l'arrêt *Westbank* : « [Le] rapport entre la réglementation et la personne visée qui en bénéficie ou qui en a causé le besoin. » En l'espèce, il existe un lien étroit entre les commerces des appelantes et la réglementation du parc national Jasper.

[37] Puisque les quatre critères de l'arrêt *Westbank* sont remplis, les règlements du parc national Jasper constituent un régime de réglementation applicable.

2e étape : le rapport entre les droits de permis commercial et la réglementation du parc national Jasper

[38] Pour qu'une redevance de nature réglementaire qui doit couvrir les coûts d'un régime de réglementation soit « reliée », il faut que les recettes générées par les droits soient liées aux coûts du régime de réglementation. Le juge de première instance a conclu, au par. 16, que « [e]n général,

administering each of Canada's national parks", and the policy of the government in 2003/2004 was to attribute revenue generated in a park back to that park (Affidavit of Doug Tapley, Manager of Business Innovations for the Parks Canada Agency, October 25, 2004, at para. 11, Appellants' Record, at p. 82).

[39] Section 23 of the *Parks Agency Act* specifies that the Minister cannot set a user fee for services or facilities that is higher than the cost to the government of providing them. On the other hand, s. 24 of the Act pertaining to regulatory fees for rights or privileges granted by the government does not contain such a limit. Nonetheless, where fees generated under a regulatory scheme are to be used to defray the costs of the scheme, as in this case, the fee revenue generated cannot exceed the costs of the scheme. In referring to a comprehensive and integrated regulatory scheme in *Ontario Home Builders'*, Iacobucci J. states, at para. 85:

> The carefully designed mechanics of the scheme ensure that the power of indirect taxation will not extend beyond the regulatory costs; this is crucial in order to avoid rendering s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867* meaningless.

In this case, it is equally necessary that the fee revenue not exceed the regulatory costs in order to avoid rendering s. 53 of the *Constitution Act, 1867* meaningless.

[40] However, as stated in *Allard*, at pp. 411-12, the government needs to be given some reasonable leeway with respect to the limit on fee revenue generation. While a significant or systematic surplus above the cost of the regulatory scheme would be inconsistent with a regulatory charge and would be a strong indication that the levy was in pith and substance a tax, a small or sporadic surplus would not, as long as there was a reasonable attempt to

l'imposition de droits vise à compenser les frais engagés pour le fonctionnement et l'administration de chacun des parcs nationaux du Canada » et qu'en 2003-2004, le gouvernement avait pour pratique d'affecter au parc les recettes générées dans ce parc (affidavit de Doug Tapley, gestionnaire, Innovation en affaires, Agence Parcs Canada, 25 octobre 2004, par. 11, dossier des appelantes, p. 82).

[39] L'article 23 de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada* prévoit que le montant des droits exigés par le ministre pour la fourniture de services ou d'installations ne peut excéder les coûts supportés par le gouvernement à cet égard. Par contre, l'art. 24 de la Loi, qui concerne le prix fixé par règlement pour les droits ou avantages attribués par le gouvernement, ne prévoit aucune limite de ce genre. Néanmoins, si les droits perçus en vertu d'un régime de réglementation sont, comme c'est le cas en l'espèce, destinés à couvrir les coûts du régime, ces droits ne peuvent excéder les coûts du régime. Au sujet d'un régime de réglementation étendu et intégré dans *Ontario Home Builders'*, le juge Iacobucci a tenu les propos suivants au par. 85 :

> Les mécanismes soigneusement conçus du régime font en sorte que le pouvoir de taxation indirecte ne permettra pas la perception de recettes supérieures aux coûts de la réglementation; ce qui est crucial pour ne pas priver le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de tout sens.

En l'espèce, il est tout aussi important que les recettes provenant des droits ne soient pas supérieures aux coûts de la réglementation afin d'éviter de priver de tout sens l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867.*

[40] Cependant, comme l'indique l'arrêt *Allard*, p. 411-412, le gouvernement a besoin d'une marge de manœuvre raisonnable en ce qui concerne l'établissement d'une limite des recettes provenant des droits. Bien qu'un surplus important ou dépassant systématiquement les coûts du régime de réglementation soit incompatible avec une redevance de nature réglementaire et porterait fortement à croire que le prélèvement constitue, de par

match the revenues from the fees with the cost associated with the regulatory scheme.

[41] The total amount collected in licence fees from businesses selling alcohol in Jasper National Park in 2003/2004 was $87,625. It represents less than 0.5 percent of the total forecasted expenditures of Jasper National Park in 2003/2004 which amounted to $20.4 million. Obviously, the fees paid by the appellants did not exceed the costs of regulating Jasper National Park.

[42] However, it is not sufficient that fees collected under one regulation that is part of an overall regulatory scheme constitute only a small fraction of the costs of the overall regulatory scheme. An "apples to apples" comparison requires that all fees collected in respect of the operation of Jasper National Park by the Agency must be taken into account to ensure that the total of such fee revenues did not exceed the cost of the operation of the park. However, there is no specific evidence of the total amount of such fees collected in Jasper National Park in 2003/2004.

[43] In the corporate plan of the Parks Canada Agency for 2004/2005 to 2008/2009, fee revenue from all of Canada's national parks in 2003/2004 amounted to approximately $78 million against costs of $519 million or approximately 15 percent of the costs (Respondent's Record, at pp. 63-66). Although fee revenue as a percentage of cost is very low overall, considering the revenue/cost relationship for all of Canada's parks is a tenuous basis for inferring the revenue/cost relationship in one particular park. However, Mr. Alan Latourelle, Chief Executive Officer of the Parks Canada Agency, speaking to a Parliamentary Committee in 2005, testified that "[Parks Canada] generate[s] about $43 million in our [M]ountain [P]arks, and our actual expenditures — total, including capital — are about $60 million" (House of Commons, Standing Committee on Environment and Sustainable

son caractère véritable, une taxe, il en serait autrement d'un petit surplus ou d'un surplus sporadique, pour autant qu'on ait raisonnablement tenté de faire correspondre les recettes provenant des droits aux coûts du régime de réglementation.

[41] En 2003-2004, les recettes provenant des droits de permis payés par les commerces où l'on vend des boissons alcooliques dans le parc national Jasper ont totalisé 87 625 dollars, ce qui représente moins de 0,5 p. 100 de l'ensemble des dépenses prévues pour le parc national Jasper pour l'exercice en question, qui se chiffraient à 20,4 millions de dollars. Il est évident que les droits payés par les appelantes n'ont pas dépassé les coûts de la réglementation de ce parc national.

[42] Toutefois, il ne suffit pas que les droits perçus en vertu d'un des règlements faisant partie d'un régime de réglementation global ne constituent qu'une petite fraction des coûts de l'ensemble de ce régime. En comparant « des pommes avec des pommes », il faut tenir compte de la totalité des droits perçus par l'Agence dans le cadre de l'exploitation du parc national Jasper pour s'assurer que le total des recettes qu'ils ont générées n'a pas dépassé le coût d'exploitation du parc. Or, il n'existe aucune preuve concernant le montant total des droits perçus dans le parc national Jasper en 2003-2004.

[43] Selon le plan d'entreprise de l'Agence Parcs Canada pour les exercices 2004-2005 à 2008-2009, les recettes provenant des droits perçus dans tous les parcs nationaux du Canada en 2003-2004 ont totalisé environ 78 millions de dollars comparativement à des coûts de 519 millions de dollars, soit environ 15 p. 100 des coûts (dossier de l'intimé, p. 63-66). Bien que, exprimées en pourcentage des coûts, les recettes globales provenant des droits soient très peu élevées, le rapport entre les recettes et les coûts pour l'ensemble des parcs nationaux du Canada permettrait difficilement que l'on tire des conclusions quant au rapport entre les recettes et les coûts applicable à un parc en particulier. Toutefois, M. Alan Latourelle, le directeur général de l'Agence Parcs Canada, qui témoignait devant un comité parlementaire en 2005, a indiqué que « nous [Parcs Canada] générons environ 43 millions

Development, *Evidence*, 1st sess., 38th Parl., May 19, 2005, at p. 7). Although not clearly stipulated in the minutes of the Committee, from the context of the discussion and the date of his appearance, it appears Mr. Latourelle was referring to the revenues and expenditures for 2003/2004.

[44] As stated in *Allard*, at pp. 411-12, the government must be given some leeway, as long as there is a reasonable attempt to match the revenues from the fees with the cost of the regulatory scheme. In the Mountain Parks, there was a $17 million shortfall between the fees collected and the total expenditures in 2003/2004. Although the total fee revenue for Jasper National Park is not in evidence, I am prepared to infer from the information in the material before the Court relating to the Mountain Parks that the fee revenues from Jasper National Park likely did not exceed, and certainly did not significantly exceed, the cost of the regulatory scheme for the park. Accordingly, the business licence fees are connected to the regulatory scheme governing the park.

[45] Just as there had to be a relevant relationship between the regulatory scheme and the person being regulated under the first step of the *Westbank* approach, there must also be a relevant relationship at the second step, that is, between the fees paid by the persons being regulated and the regulatory scheme caused by those persons or from which those persons receive a benefit. The conditions were met in this case. However, I would note that if the fee revenues generated in Jasper National Park are not expended entirely within, or for the benefit of that park, the fees may well be "unconnected" and not in pith and substance a regulatory charge, but rather, a tax.

de dollars de revenu dans nos parcs de montagne et nos dépenses effectives — totales, incluant les immobilisations — sont d'environ 60 millions de dollars » (Chambre des communes, Comité permanent de l'environnement et du développement durable, *Témoignages*, 1re sess., 38e lég., 19 mai 2005, p. 7). Bien que cela ne soit pas expressément mentionné dans le procès-verbal du comité, il semble, compte tenu du contexte et de la date de la comparution de M. Latourelle, qu'il était question des recettes et dépenses pour l'exercice 2003-2004.

[44] Comme notre Cour l'a indiqué dans l'arrêt *Allard*, p. 411-412, il faut laisser au gouvernement une certaine marge de manœuvre pour autant que l'on tente raisonnablement de faire correspondre les recettes provenant des droits et les coûts de la réglementation. En ce qui concerne les parcs de montagne, le total des dépenses en 2003-2004 excédait de 17 millions de dollars les recettes provenant des droits perçus. Bien que la preuve n'indique pas le montant total des recettes provenant des droits exigés pour le parc national Jasper, je suis disposé à inférer des renseignements contenus dans les documents présentés à la Cour se rapportant aux parcs de montagne que les recettes provenant des droits perçus pour le parc national Jasper n'ont vraisemblablement pas dépassé, et certainement pas de manière importante, les coûts du régime de réglementation du parc. Par conséquent, il existe un lien entre les droits de permis commercial et le régime de réglementation régissant le parc.

[45] Tout comme à la première étape de la démarche exposée dans l'arrêt *Westbank*, qui exigeait l'existence d'un rapport entre le régime de réglementation et la personne visée, il faut, à la deuxième étape, qu'il existe un rapport entre le régime de réglementation et les droits versés par la personne visée qui bénéficie du régime ou qui en a causé le besoin. Les conditions ont été remplies en l'espèce. Toutefois, je tiens à signaler que, si les recettes provenant des droits générées dans le parc national Jasper ne sont pas entièrement dépensées dans ce parc ou pour le bénéfice de ce parc, ces droits pourraient fort bien ne pas être « liés » et, de par leur caractère véritable, ne pas constituer une redevance de nature réglementaire, mais plutôt une taxe.

[46] Raising revenues is one of the most powerful tools of government. It involves the taking of property by the government. That is why taxes may be levied only by elected legislators in Parliament or the legislature of a province under the *Constitution Act, 1867*. Where the connection between the use of the revenues generated from a government levy and the persons being regulated is doubtful, the courts will scrutinize the facts to ensure that the Constitution is not circumvented by executive or bureaucratic edict.

[47] In summary, the evidence discloses that the regulatory scheme governing the administration and operation of Jasper National Park is relevant to the appellants' businesses and that there is a relationship between the business licence fees paid by the appellants and that regulatory scheme. In the result, the pith and substance or dominant purpose of the business licence fees is as regulatory charges.

5. *Regulatory Charges to Proscribe, Prohibit or Lend Preference to Certain Conduct*

[48] Whether the costs of the regulatory scheme are a limit on the fee revenue generated, where the purpose of the regulatory charge is to proscribe, prohibit or lend preference to certain conduct, is not an issue before the Court in this case, and it is not necessary to answer that question here.

6. *Proprietary Charges*

[49] The intervener, the Attorney General of Ontario, says that a proprietary charge should be kept distinct from a regulatory charge or a tax. It was submitted that the Province of Ontario relies heavily on proprietary charges as a source of income and that certain fees on businesses in provincial parks are structured as proprietary charges. I agree that proprietary charges for goods and services supplied in a commercial context are distinct

[46] Le prélèvement de deniers est un des outils les plus puissants dont dispose le gouvernement. Il implique que le gouvernement s'approprie des biens. C'est pourquoi, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, seuls les membres élus du Parlement ou le corps législatif de la province sont habilités à lever des taxes. Lorsque le lien entre l'utilisation des recettes provenant des prélèvements gouvernementaux et les personnes que vise le régime de réglementation est incertain, les tribunaux examineront attentivement les faits en vue de s'assurer que la Constitution n'est pas écartée par un acte exécutif ou bureaucratique.

[47] En résumé, il ressort de la preuve que le régime de réglementation régissant l'administration et l'exploitation du parc national Jasper s'applique aux commerces des appelantes et qu'il existe un lien entre les droits de permis commercial versés par les appelantes et ce régime de réglementation. En dernière analyse, les droits de permis commercial constituent, de par leur caractère véritable ou du fait de leur objet principal, des redevances de nature réglementaire.

5. *Redevances de nature réglementaire visant à proscrire, à interdire ou à favoriser un comportement*

[48] La question de savoir si les coûts du régime de réglementation constituent une limite des recettes provenant des droits, lorsque les redevances de nature réglementaire visent à proscrire, à interdire ou à favoriser un comportement, n'est pas en cause en l'espèce et il n'est pas nécessaire de trancher cette question.

6. *Redevances afférentes au droit de propriété de l'État*

[49] L'intervenant, le procureur général de l'Ontario, soutient qu'une redevance afférente au droit de propriété de l'État ne devrait pas être assimilée à une redevance de nature réglementaire ou à une taxe. Il fait valoir que la province de l'Ontario a souvent recours à des redevances afférentes au droit de propriété de l'État pour générer des recettes et que certains des droits imposés aux commerces menant des activités dans des parcs provinciaux constituent

from either regulatory charges or taxes and may be determined by market forces. As explained by Professor Hogg in *Constitutional Law of Canada*, at pp. 870-71:

> . . . [proprietary] charges are those levied by a province in the exercise of proprietary rights over its public property. Thus, a province may levy charges in the form of licence fees, rents or royalties as the price for the private exploitation of provincially-owned natural resources; and a province may charge for the sale of books, liquor, electricity, rail travel or other goods or services which it supplies in a commercial way.

There is some question as to whether a licence fee for the right to occupy land inside the park for premises in which to sell alcohol can be characterized as a proprietary charge. However, the government has not sought to justify the business licence fees in this case as proprietary charges. Whether they could be is better left to be decided at a time when it is properly raised and argued by the parties.

IX. Conclusion

[50] In pith and substance, the business licence fees paid by the appellants in Jasper National Park in 2003/2004 are regulatory charges and therefore are *intra vires* the delegated power of the Minister of Canadian Heritage. The appeal should be dismissed with costs.

APPENDIX

Constitution Act, 1867

53. Bills for appropriating any Part of the Public Revenue, or for imposing any Tax or Impost, shall originate in the House of Commons.

de telles redevances. Je conviens que les redevances afférentes au droit de propriété de l'État exigées pour les produits et services fournis dans un contexte commercial se distinguent des redevances de nature réglementaires et des taxes et qu'elles peuvent être établies en fonction des forces du marché. Comme l'explique le professeur Hogg dans *Constitutional Law of Canada*, p. 870-871 :

> [TRADUCTION] . . . les redevances [afférentes au droit de propriété de l'État] sont levées par les provinces dans l'exercice de leurs droits de propriété sur les biens du domaine public. Ainsi, une province peut, en contrepartie du versement de droits de permis, de loyers ou autres redevances, permettre aux acteurs du secteur privé d'exploiter les ressources naturelles qui lui appartiennent; et une province peut exiger d'être payée lorsqu'elle vend des livres, des boissons alcooliques, de l'électricité, des voyages en train ou d'autres biens et services fournis dans un contexte commercial.

Des doutes subsistent quant à savoir si des droits de permis conférant le droit d'occuper un terrain situé dans un parc, sur lequel se trouvent des locaux où sont vendus des boissons alcoolisées, peuvent être considérés comme des redevances afférentes au droit de propriété de l'État. En l'espèce toutefois, le gouvernement n'a pas invoqué, en vue de justifier l'existence des droits de permis commercial, l'argument voulant qu'il s'agisse de redevances afférentes au droit de propriété de l'État. Il vaut mieux que la question de savoir s'il pourrait s'agir de telles redevances soit tranchée dans le cadre d'une autre instance où elle sera adéquatement soulevée et débattue par les parties.

IX. Conclusion

[50] De par leur caractère véritable, les droits de permis commercial versés par les appelantes dans le parc national Jasper en 2003-2004 constituent des redevances de nature réglementaire et relèvent donc des pouvoirs délégués au ministre du Patrimoine canadien. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

ANNEXE

Loi constitutionnelle de 1867

53. Tout bill ayant pour but l'appropriation d'une portion quelconque du revenu public, ou la création de taxes ou d'impôts, devra originer dans la Chambre des Communes.

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

. . .

1A. The Public Debt and Property.

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.

Canada National Parks Act, S.C. 2000, c. 32

4. (1) The national parks of Canada are hereby dedicated to the people of Canada for their benefit, education and enjoyment, subject to this Act and the regulations, and the parks shall be maintained and made use of so as to leave them unimpaired for the enjoyment of future generations.

16. (1) The Governor in Council may make regulations respecting

. . .

(*n*) the control of businesses, trades, occupations, amusements, sports and other activities or undertakings, including activities related to commercial ski facilities referred to in section 36, and the places where such activities and undertakings may be carried on;

. . .

(*r*) the determination of fees, rates, rents and other charges for the use of park resources and facilities,

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

. . .

1A. La dette et la propriété publiques.

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;

Loi sur les parcs nationaux du Canada, L.C. 2000, ch. 32

4. (1) Les parcs sont créés à l'intention du peuple canadien pour son agrément et l'enrichissement de ses connaissances; ils doivent être entretenus et utilisés conformément à la présente loi et aux règlements de façon à rester intacts pour les générations futures.

16. (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements concernant :

. . .

n) la réglementation des activités — notamment en matière de métiers, commerces, affaires, sports et divertissements —, telles que, entre autres, les activités relatives aux installations commerciales de ski visées à l'article 36, y compris en ce qui touche le lieu de leur exercice;

. . .

r) la fixation des droits à percevoir pour l'utilisation des installations et des ressources se trouvant

the provision of works and services referred to in paragraph (*i*) and improvements referred to in paragraph (*j*), and the issuance and amendment of permits, licences and other authorizing instruments pursuant to subsection (3);

. . .

(3) Regulations made under this section may authorize the superintendent of a park, in the circumstances and subject to the limits that may be specified in the regulations,

(*a*) to vary any requirement of the regulations for purposes of public safety or the conservation of natural resources in the park;

(*b*) to issue, amend, suspend and revoke permits, licences and other authorizations in relation to any matter that is the subject of regulations and to set their terms and conditions; and

(*c*) to order the taking of any action to counter any threat to public health or to remedy the consequences of any breach of the regulations in the park.

Parks Canada Agency Act, S.C. 1998, c. 31

20. . . .

(2) Notwithstanding subsection 29.1(1) of the *Financial Administration Act*, the Agency may, for the purposes referred to in subsection 19(1), spend amounts equal to revenues resulting from the conduct of its operations in that or subsequent fiscal years, including

. . .

(*c*) proceeds from, including fees paid under any Act of Parliament in respect of, the provision by the Agency of a service, of the use of a facility or of a product, right or privilege;

23. (1) The Minister may, subject to any regulations that the Treasury Board may make for the purposes of this section, fix the fees or the manner of calculating the fees to be paid for a service or the use of a facility provided by the Agency.

(2) Fees for a service or the use of a facility that are fixed under subsection (1) may not exceed the cost to Her Majesty in right of Canada of providing the service or the use of the facility.

24. The Minister may, subject to any regulations that the Treasury Board may make for the purposes of this section, fix the fees or the manner of calculating

dans les parcs, pour la fourniture des ouvrages et des services visés à l'alinéa *i*) et des infrastructures visées à l'alinéa *j*) et pour la délivrance ou la modification des licences, permis et autres autorisations visés au paragraphe (3);

. . .

(3) Les règlements pris sous le régime du présent article peuvent habiliter le directeur d'un parc, dans les circonstances et sous réserve des limites qu'ils prévoient, à :

a) en modifier les exigences à l'égard du parc en vue de la protection du public ou de la préservation de ses ressources naturelles;

b) délivrer, modifier, suspendre ou révoquer des licences, permis ou autres autorisations relativement à ces matières et en fixer les conditions;

c) ordonner la prise de mesures afin de parer aux menaces pour la santé publique ou de remédier aux conséquences des contraventions aux règlements dans le parc.

Loi sur l'Agence Parcs Canada, L.C. 1998, ch. 31

20. . . .

(2) Malgré le paragraphe 29.1(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, l'Agence peut, aux fins visées au paragraphe 19(1), dépenser, au cours de l'exercice ou d'un exercice ultérieur, les montants correspondant à ses recettes d'exploitation, notamment :

. . .

c) le produit — y compris le prix à payer aux termes d'une loi fédérale — tiré de la fourniture par elle de services, d'installations, de produits, de droits ou d'avantages;

23. (1) Le ministre peut, sous réserve des règlements éventuellement pris par le Conseil du Trésor, fixer le prix — ou le mode de calcul du prix — à payer pour la fourniture de services ou d'installations par l'Agence.

(2) Le prix fixé dans le cadre du paragraphe (1) ne peut excéder les coûts supportés par Sa Majesté du chef du Canada pour la fourniture des services ou des installations.

24. Le ministre peut, sous réserve des règlements éventuellement pris par le Conseil du Trésor, fixer le prix — ou le mode de calcul du prix — à payer pour

fees in respect of products, rights or privileges provided by the Agency.

National Parks of Canada Businesses Regulations, SOR/98-455

3. No person shall carry on, in a park, any business unless that person is the holder of a licence or an employee of a holder of a licence.

4. . . .

(2) An application must be accompanied by the applicable fee fixed under section 24 of the *Parks Canada Agency Act*.

National Parks General Regulations, SOR/78-213

39. No person shall sell any intoxicating beverage in a Park unless he has obtained a licence for such a sale under the *National Parks Businesses Regulations* and the sale

(*a*) is in accordance with the laws of the province in which the Park is situated; and

(*b*) has been approved by the director-general.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellants: Jack N. Agrios, Edmonton.

Solicitor for the respondents: Attorney General of Canada, Edmonton.

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

la fourniture de produits ou l'attribution de droits ou d'avantages par l'Agence.

Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada, DORS/98-455

3. Il est interdit d'exploiter un commerce dans un parc à moins d'être le titulaire d'un permis ou l'employé d'un tel titulaire.

4. . . .

(2) La demande doit être accompagnée du prix applicable fixé en vertu de l'article 24 de la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*.

Règlement général sur les parcs nationaux, DORS/78-213

39. Il est interdit de vendre des boissons enivrantes sans une autorisation conforme au *Règlement sur la pratique de commerces dans les parcs nationaux* et la vente doit en outre

a) être conforme aux lois de la province concernée et

b) avoir été approuvée par le directeur général.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur des appelantes : Jack N. Agrios, Edmonton.

Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Edmonton.

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

Suzette F. Juman also known as Suzette McKenzie *Appellant*

v.

Jade Kathleen Ledenko Doucette, by her litigation guardian Greg Bertram, Chief Constable of the Vancouver Police Department, Attorney General of Canada and Attorney General of British Columbia *Respondents*

Suzette F. Juman aussi connue sous le nom de Suzette McKenzie *Appelante*

c.

Jade Kathleen Ledenko Doucette, représentée par son tuteur Greg Bertram, chef du service de police de Vancouver, procureur général du Canada et procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

INDEXED AS: JUMAN *v.* DOUCETTE

Neutral citation: 2008 SCC 8.

File No.: 31590.

2007: November 15; 2008: March 6.

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

RÉPERTORIÉ : JUMAN *c.* DOUCETTE

Référence neutre : 2008 CSC 8.

N° du greffe : 31590.

2007 : 15 novembre; 2008 : 6 mars.

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

Civil procedure — Discovery — Implied undertaking of confidentiality — Collateral use of discovery information — Discovery information thought to disclose criminal acts — Underlying civil claim settled after discovery — Authorities seeking to obtain information disclosed during pre-trial discovery — Whether Attorney General has standing to seek to vary implied undertaking to which he is not party — If so, whether application should be rejected in circumstances of this case.

Civil procedure — Discovery — Implied undertaking of confidentiality — Scope of "implied undertaking" rule.

The appellant, a childcare worker, provided day-care services in her home. A 16-month-old child suffered a seizure while in her care. The child was later determined to have suffered a brain injury. A civil action claiming negligence was commenced. The Vancouver Police started a criminal investigation, which is still ongoing. The appellant moved, prior to discovery, to prevent the

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

Procédure civile — Enquête préalable — Engagement implicite de confidentialité — Utilisation à des fins accessoires des renseignements obtenus à l'enquête préalable — Renseignements obtenus à l'enquête préalable dont on croit qu'ils révèlent des actes criminels — Action civile initiale faisant l'objet d'un règlement après l'enquête préalable — Autorités cherchant à obtenir des renseignements divulgués lors de l'enquête préalable — Le procureur général a-t-il la qualité requise pour demander la modification d'un engagement implicite auquel il n'est pas partie? — Dans l'affirmative, la demande doit-elle être rejetée d'après les circonstances de l'espèce?

Procédure civile — Enquête préalable — Engagement implicite de confidentialité — Portée de la règle de l'« engagement implicite ».

L'appelante, une travailleuse en garderie, fournissait des services de garde de jour chez elle. Une enfant de 16 mois a eu une crise d'apoplexie pendant qu'elle était sous sa garde. Il a été déterminé par la suite que l'enfant avait subi une lésion cérébrale. Une action a été intentée au civil pour négligence. La police de Vancouver fait enquête sur cette affaire depuis plusieurs années.

authorities from accessing her discovery without further court order. She relied on the parties' implied undertaking to the court not to use documents or answers on discovery for any purpose other than securing justice in the civil proceedings in which the answers were compelled, whether or not such documents or answers were in their origin confidential or incriminatory in nature. The Attorney General of British Columbia brought a cross-motion to vary the undertaking to permit the authorities to gain access to the discovery transcripts. At discovery, the appellant claimed the protection of the Canadian and British Columbia *Evidence Acts* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The transcripts are now in the possession of the parties and/or their counsel. After discovery, the underlying claim settled. The appellant's discovery was never entered into evidence at a trial. Its contents were not disclosed in open court.

The chambers judge found that the implied undertaking extended to evidence of crimes and concluded that it was not open to the police to seize the transcript under a search warrant. The Court of Appeal set aside the decision of the chambers judge. In its view, the implied undertaking rule "does not extend to *bona fide* disclosure of criminal conduct". Accordingly, the parties were at liberty to disclose the appellant's discovery evidence to the police. The authorities could also obtain it by any lawful investigative means, including a search warrant or a subpoena *duces tecum*.

Held: The appeal should be allowed.

A party is not in general free to disclose discovery evidence of what they view as criminal conduct to the police or other strangers to the litigation without a court order. The root of the implied undertaking is the statutory compulsion on a party such as the appellant to participate fully in pre-trial oral and documentary discovery. If the opposing party seeks information that is relevant and is not protected by privilege, it must be disclosed even if it tends to self-incrimination. While the public interest in getting at the truth in a civil action outweighs the examinee's privacy interest, the latter is entitled to a measure of protection, and the law thus requires that the invasion of privacy should generally be limited to the level of disclosure necessary to do justice in the civil litigation in which the disclosure is made.

L'appelante a présenté, avant l'enquête préalable, une requête visant à empêcher les autorités d'avoir accès, sans autre ordonnance judiciaire, aux renseignements divulgués lors de l'enquête préalable. Elle a invoqué l'engagement implicite des parties envers le tribunal de ne pas utiliser les documents ou les réponses fournis lors de l'enquête préalable pour toute autre fin que la recherche de la justice dans l'instance civile au cours de laquelle ils ont été obtenus par contrainte, qu'ils aient été ou non à l'origine confidentiels ou incriminants. Le procureur général de la Colombie-Britannique a présenté une requête incidente en vue de faire modifier l'engagement de manière à permettre aux autorités d'avoir accès aux transcriptions de l'interrogatoire préalable. À l'enquête préalable, l'appelante a demandé la protection de la *Loi sur la preuve au Canada*, de la *Evidence Act* de la Colombie-Britannique et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les transcriptions sont maintenant en la possession des parties ou de leurs avocats. Après l'enquête préalable, la demande initiale a fait l'objet d'un règlement. L'interrogatoire préalable de l'appelante n'a jamais été déposé en preuve devant les tribunaux et les renseignements obtenus au cours de cet interrogatoire n'ont pas été divulgués en audience.

Selon le juge en chambre, l'engagement implicite vise aussi la preuve de crimes et il n'appartient pas à la police de saisir la transcription en vertu d'un mandat de perquisition. La Cour d'appel a annulé la décision du juge en chambre. À son avis, la règle de l'engagement implicite « ne s'applique pas à la divulgation de bonne foi d'un comportement criminel ». Par conséquent, les parties étaient libres de divulguer à la police les éléments de preuve obtenus à l'enquête préalable. Les autorités pouvaient aussi y avoir accès par les méthodes d'enquête licites telles que les mandats de perquisition et les subpœna *duces tecum*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Une partie n'est généralement pas libre, sans ordonnance judiciaire, de révéler à la police ou à un tiers la preuve obtenue à l'enquête préalable de ce qu'elle considère comme un « comportement criminel ». L'engagement implicite repose sur l'obligation légale de participer pleinement à l'interrogatoire préalable et à la communication préalable de documents. Tout renseignement pertinent non privilégié doit être divulgué à la partie adverse qui cherche à l'obtenir même s'il tend à l'incriminer. Dans une action civile, l'intérêt qu'a le public à découvrir la vérité l'emporte sur le droit de la personne interrogée à sa vie privée, lequel mérite néanmoins une certaine protection. La loi exige donc que l'atteinte à la vie privée se limite généralement à la mesure nécessaire pour rendre justice dans l'instance

The rules of discovery were not intended to constitute litigants as private attorneys general. [3] [20] [25] [43]

Here, because of the facts, much of the appellant's argument focussed on her right to protection against self-incrimination, but the implied undertaking rule is broader than that. It includes the wrongdoing of persons other than the examinee and covers innocuous information that is neither confidential nor discloses any wrongdoing at all. [5]

Contrary to the submission of the Attorney General, the implied undertaking rule does not conflict with the "open court" principle. Pre-trial discovery does not take place in open court. Nor does the question of judicial accountability arise in pre-trial discoveries. The situations are simply not analogous. [21-22]

The court has the discretionary power to grant exemptions from or variations to the undertaking, but unless an examinee is satisfied that such exemptions or variations will only be granted in exceptional circumstances, the undertaking will not achieve its intended purpose. Accordingly, unless a statutory exemption overrides the implied undertaking, the onus will be on the person applying for the exemption or variation to demonstrate on a balance of probabilities the existence of a public interest of greater weight than the values the implied undertaking is designed to protect, namely privacy, protection against self-incrimination, and the efficient conduct of civil litigation. The factors that may be taken into account include public safety concerns or contradictory testimony by the examinee about the same matters in different proceedings. In situations of immediate and serious danger, the applicant may be justified in going directly to the police without a court order. However, the availability of an exemption relating to discovery disclosing criminal offences not amounting to serious and immediate danger should be left with the courts. The public interest in the prosecution of crime will not necessarily trump a citizen's privacy interest in statutorily compelled information. [14] [32-33] [38-41] [44] [48]

It is important that applications for variation proceed expeditiously. Persons entitled to notice of these applications will be for the chambers judge to decide on the facts, but normally, only parties to the litigation

civile au cours de laquelle les renseignements ont été divulgués. Les règles régissant l'enquête préalable ne visaient pas à transformer les parties au litige en procureurs généraux privés. [3] [20] [25] [43]

En raison des faits de l'espèce, l'argumentation de l'appelante porte en grande partie sur son droit à la protection contre l'auto-incrimination, mais la règle de l'engagement implicite a une portée plus large. Elle inclut les actes répréhensibles des personnes autres que la personne interrogée et couvre les renseignements anodins qui ne sont ni confidentiels ni révélateurs d'un agissement fautif. [5]

Contrairement à l'argument du procureur général, la règle de l'engagement implicite ne va pas à l'encontre du principe de la « publicité des débats en justice ». L'enquête préalable n'a pas lieu en audience publique. De même, aucune question concernant la responsabilité judiciaire ne se pose à l'enquête préalable. Les situations ne sont simplement pas analogues. [21-22]

Les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions à l'égard de l'engagement ou de le modifier, mais celui-ci n'atteindra le but visé que si la personne interrogée au préalable est convaincue que le tribunal exercera ce pouvoir uniquement dans des circonstances exceptionnelles. Par conséquent, à moins qu'une exemption légale ne prime l'engagement implicite, il incombera au demandeur de l'exemption ou de la modification de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un intérêt public plus important que les valeurs visées par l'engagement implicite, à savoir la protection de la vie privée, la protection contre l'auto-incrimination et le déroulement efficace du litige civil. Au nombre des facteurs qui peuvent être pris en considération figurent la sécurité publique et le témoignage contradictoire de la personne interrogée sur les mêmes questions dans des instances différentes. En cas de danger grave et immédiat, le demandeur serait fondé à s'adresser directement à la police sans ordonnance judiciaire. Il vaut mieux toutefois laisser aux tribunaux le soin de décider s'il y a lieu d'accorder des exemptions relatives à la divulgation de renseignements obtenus à l'interrogatoire préalable et révélant des infractions criminelles qui ne représentent pas un danger grave et immédiat. Dans le cadre de la divulgation de renseignements exigés par la loi, la lutte contre le crime n'éclipse pas nécessairement le droit d'un citoyen à sa vie privée. [14] [32-33] [38-41] [44] [48]

Il importe de donner rapidement suite aux demandes de modification de l'engagement implicite. Il appartient au juge en chambre de décider, d'après les faits de l'espèce, qui a le droit d'être avisé de ces demandes, mais

will be entitled to notice of such an application, not the police nor the media. [31] [52]

The action here has been settled, but the policies reflected in the implied undertaking remain undiminished. If the parents of the victim or other party wished to disclose the appellant's transcript to the police, they could have made an application to the court for permission to make disclosure, but none of them did so, and none of them is party to the current proceeding. [5] [22]

In this case, the Attorney General of British Columbia has standing to seek to vary an implied undertaking to which he is not a party, but the application should be rejected on the facts. His objective was to obtain evidence that would help assist the police investigation, and possibly to incriminate the appellant. It would be quite wrong for the police to be able to take advantage of statutorily compelled testimony in civil litigation to undermine the appellant's right to silence and the protection against self-incrimination afforded her by the criminal law. [53] [58]

On the other hand, the Court of Appeal correctly held that the implied undertaking is no bar to persons not party to it, and the appellant's discovery transcript and documents are not privileged or exempt from seizure. The authorities have available to them the usual remedies of subpoena *duces tecum* or a search warrant under the *Criminal Code*. However, if at this stage they do not have the grounds to obtain a search warrant, it is not open to them to build their case on the appellant's compelled testimony. [5] [55-56]

The search warrant, where available, only gives the police access to the discovery material. It does not authorize its use in any proceedings that may be initiated. If criminal charges are brought, the prosecution may also compel a witness to produce a copy of the documents or transcripts in question from his or her possession by a subpoena *duces tecum*. The trial judge would then determine what, if any, use could be made of the material, having regard to the appellant's *Charter* rights and any other relevant considerations. None of these issues arise for decision on the present appeal. [56-57]

Cases Cited

Not followed: *Home Office v. Harman*, [1983] 1 A.C. 280; **distinguished:** *Attorney General of Nova*

normalement, seules les parties au litige ont le droit d'en être avisées, et non la police, ni les médias. [31] [52]

L'action a fait l'objet d'un règlement, mais les principes sous-tendant l'engagement implicite demeurent inchangés. Si les parents de la victime ou une autre partie voulaient divulguer à la police la transcription de l'interrogatoire préalable de l'appelante, ils auraient pu présenter une demande d'autorisation au tribunal, mais ils ne l'ont pas fait et ils ne sont pas non plus parties à l'instance. [5] [22]

En l'espèce, le procureur général de la Colombie-Britannique a la qualité requise pour demander la modification d'un engagement implicite auquel il n'est pas partie, mais sa demande doit être rejetée compte tenu des faits de l'espèce. Son objectif était d'obtenir des éléments de preuve qui pourraient aider l'enquête policière et peut-être d'incriminer l'appelante. Il serait vraiment injustifié que la police puisse profiter d'un témoignage exigé par la loi en matière civile pour compromettre le droit de l'appelante de garder le silence et son droit à la protection contre l'auto-incrimination qui lui sont reconnus en droit criminel. [53] [58]

Par ailleurs, la Cour d'appel a eu raison de conclure que l'engagement implicite ne s'applique pas aux tiers et que la transcription de l'interrogatoire préalable de l'appelante et les documents obtenus pendant l'interrogatoire ne sont pas privilégiés ni insaisissables. Les autorités disposent des recours habituels que sont les subpœna *duces tecum* et les mandats de perquisition délivrés en vertu du *Code criminel*. Toutefois, à ce stade, si elles n'ont pas de motifs suffisants pour obtenir un mandat de perquisition, elles ne peuvent fonder leurs arguments sur le témoignage forcé de l'appelante. [5] [55-56]

Un mandat de perquisition de la police, s'il est disponible, ne fait que donner accès aux documents. Il n'en autorise pas l'utilisation dans toute instance susceptible d'être introduite. Si des accusations criminelles sont portées, le ministère public peut aussi, par voie de subpœna *duces tecum*, obliger un témoin à produire une copie des documents ou des transcriptions en question qu'il a en sa possession. Le juge du procès déciderait ensuite quel usage, si usage il y a, en serait fait compte tenu des droits de l'appelante garantis par la *Charte* et de toute autre considération pertinente. Aucune de ces questions n'est soulevée en l'espèce. [56-57]

Jurisprudence

Arrêt non suivi : *Home Office c. Harman*, [1983] 1 A.C. 280; **distinction d'avec les arrêts :** *Procureur*

Scotia v. MacIntyre, [1982] 1 S.C.R. 175; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; **referred to:** *Hunt v. T & N plc* (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 110; *Ross v. Henriques*, [2007] B.C.J. No. 2023 (QL), 2007 BCSC 1381; *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 743, 2001 SCC 51; *Stickney v. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469, aff'd (1974), 3 O.R. (2d) 538 (Div. Ct.), aff'd (1974), 3 O.R. (2d) 538 (C.A.), leave to appeal ref'd, [1974] S.C.R. xii; *Tricontinental Investments Co. v. Guarantee Co. of North America* (1982), 39 O.R. (2d) 614; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1; *Shaw Estate v. Oldroyd*, [2007] B.C.J. No. 1310 (QL), 2007 BCSC 866; *Rayman Investments and Management Inc. v. Canada Mortgage and Housing Corp.*, [2007] B.C.J. No. 628 (QL), 2007 BCSC 384; *Wilson v. McCoy* (2006), 59 B.C.L.R. (4th) 1, 2006 BCSC 1011; *Laxton Holdings Ltd. v. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570; *Blake v. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176; *755568 Ontario Ltd. v. Linchris Homes Ltd.* (1990), 1 O.R. (3d) 649; *Rocca Enterprises Ltd. v. University Press of New Brunswick Ltd.* (1989), 103 N.B.R. (2d) 224; *Eli Lilly and Co. v. Interpharm Inc.* (1993), 161 N.R. 137; *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 785 F.2d 1108 (1986); *Goodman v. Rossi* (1995), 125 D.L.R. (4th) 613; *Crest Homes plc v. Marks*, [1987] 2 All E.R. 1074; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 50 O.R. (2d) 260; *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323; *Harris v. Sweet*, [2005] B.C.J. No. 1520 (QL), 2005 BCSC 998; *Scuzzy Creek Hydro & Power Inc. v. Tercon Contractors Ltd.* (1998), 27 C.P.C. (4th) 252; *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 49; *Livent Inc. v. Drabinsky* (2001), 53 O.R. (3d) 126; *R. v. Henry*, [2005] 3 S.C.R. 609, 2005 SCC 76; *R. v. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357; *Rank Film Distributors Ltd. v. Video Information Centre*, [1982] A.C. 380; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *Attorney-General for Gibraltar v. May*, [1999] 1 W.L.R. 998; *Bank of Crete S.A. v. Koskotas (No. 2)*, [1992] 1 W.L.R. 919; *Sybron Corp. v. Barclays Bank Plc.*, [1985] 1 Ch. 299; *Bailey v. Australian Broadcasting Corp.*, [1995] 1 Qd. R. 476; *Commonwealth v. Temwood Holdings Pty Ltd.* (2001), 25 W.A.R. 31, [2001] WASC 282; *Perrin v. Beninger*, [2004] O.J. No. 2353 (QL); *Tyler v. M.N.R.*, [1991] 2 F.C. 68; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 189 C.C.C. (3d) 417.

général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre, [1982] 1 R.C.S. 175; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; **arrêts mentionnés :** *Hunt c. T & N plc* (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 110; *Ross c. Henriques*, [2007] B.C.J. No. 2023 (QL), 2007 BCSC 1381; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51; *Stickney c. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469, conf. par (1974), 3 O.R. (2d) 538 (C. div.), conf. par (1974), 3 O.R. (2d) 538 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1974] R.C.S. xii; *Tricontinental Investments Co. c. Guarantee Co. of North America* (1982), 39 O.R. (2d) 614; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *Kyuquot Logging Ltd. c. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1; *Shaw Estate c. Oldroyd*, [2007] B.C.J. No. 1310 (QL), 2007 BCSC 866; *Rayman Investments and Management Inc. c. Canada Mortgage and Housing Corp.*, [2007] B.C.J. No. 628 (QL), 2007 BCSC 384; *Wilson c. McCoy* (2006), 59 B.C.L.R. (4th) 1, 2006 BCSC 1011; *Laxton Holdings Ltd. c. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570; *Blake c. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176; *755568 Ontario Ltd. c. Linchris Homes Ltd.* (1990), 1 O.R. (3d) 649; *Rocca Enterprises Ltd. c. University Press of New Brunswick Ltd.* (1989), 103 R.N.-B. (2e) 224; *Eli Lilly and Co. c. Interpharm Inc.* (1993), 161 N.R. 137; *Cipollone c. Liggett Group, Inc.*, 785 F.2d 1108 (1986); *Goodman c. Rossi* (1995), 125 D.L.R. (4th) 613; *Crest Homes plc c. Marks*, [1987] 2 All E.R. 1074; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Lac Minerals Ltd. c. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 50 O.R. (2d) 260; *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. c. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323; *Harris c. Sweet*, [2005] B.C.J. No. 1520 (QL), 2005 BCSC 998; *Scuzzy Creek Hydro & Power Inc. c. Tercon Contractors Ltd.* (1998), 27 C.P.C. (4th) 252; *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 49; *Livent Inc. c. Drabinsky* (2001), 53 O.R. (3d) 126; *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609, 2005 CSC 76; *R. c. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357; *Rank Film Distributors Ltd. c. Video Information Centre*, [1982] A.C. 380; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Attorney-General for Gibraltar c. May*, [1999] 1 W.L.R. 998; *Bank of Crete S.A. c. Koskotas (No. 2)*, [1992] 1 W.L.R. 919; *Sybron Corp. c. Barclays Bank Plc.*, [1985] 1 Ch. 299; *Bailey c. Australian Broadcasting Corp.*, [1995] 1 Qd. R. 476; *Commonwealth c. Temwood Holdings Pty Ltd.* (2001), 25 W.A.R. 31, [2001] WASC 282; *Perrin c. Beninger*, [2004] O.J. No. 2353 (QL); *Tyler c. M.R.N.*, [1991] 2 C.F. 68; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 189 C.C.C. (3d) 417.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(*c*), 13.
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, c. 46, s. 14.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 196, 487.
Evidence Act, R.S.B.C. 1996, c. 124, s. 4.
Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C.A. r. 26(c).
Queen's Bench Rules, M.R. 553/88, r. 30.1.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 30.1.
Rules of Civil Procedure (Prince Edward Island), r. 30.1.
Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, rr. 2(5), 27, 44, 56(1), (4), 60(41), (42), 64(1).

Authors Cited

Laskin, John B. "The Implied Undertaking". A paper presented to the Canadian Bar Association — Ontario at a Continuing Legal Education Conference on *Privilege and Confidential Information in Litigation — Current Developments and Future Trends*, October 19, 1991.
Papile, Cristiano. "The Implied Undertaking Revisited" (2006), 32 *Adv. Q.* 190.
Stevenson, William A., and Jean E. Côté. *Civil Procedure Encyclopedia*, vol. 2. Edmonton: Juriliber, 2003.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Low and Kirkpatrick JJ.A.) (2006), 269 D.L.R. (4th) 654, [2006] 9 W.W.R. 687, 227 B.C.A.C. 140, 374 W.A.C. 140, 55 B.C.L.R. (4th) 66, 31 C.P.C. (6th) 149, [2006] B.C.J. No. 1176 (QL), 2006 BCCA 262, setting aside a decision of Shaw J., [2005] 11 W.W.R. 539, 45 B.C.L.R. (4th) 108, 15 C.P.C. (6th) 211, 129 C.R.R. (2d) 109, [2005] B.C.J. No. 589 (QL), 2005 BCSC 400. Appeal allowed.

Brian T. Ross and *Karen L. Weslowski*, for the appellant.

No one appeared for the respondent Jade Kathleen Ledenko Doucette, by her litigation guardian Greg Bertram.

Karen F. W. Liang, for the respondent the Chief Constable of the Vancouver Police Department.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11*c*), 13.
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 14.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 196, 487.
Evidence Act, R.S.B.C. 1996, ch. 124, art. 4.
Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C.A. règle 26c).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5.
Règles de la Cour du Banc de la Reine, Règl. du Man. 553/88, règle 30.1.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 30.1.
Rules of Civil Procedure (Île-du-Prince-Édouard), règle 30.1.
Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, règles 2(5), 27, 44, 56(1), (4), 60(41), (42), 64(1).

Doctrine citée

Laskin, John B. « The Implied Undertaking ». A paper presented to the Canadian Bar Association — Ontario at a Continuing Legal Education Conference on *Privilege and Confidential Information in Litigation — Current Developments and Future Trends*, October 19, 1991.
Papile, Cristiano. « The Implied Undertaking Revisited » (2006), 32 *Adv. Q.* 190.
Stevenson, William A., and Jean E. Côté. *Civil Procedure Encyclopedia*, vol. 2. Edmonton : Juriliber, 2003.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Low et Kirkpatrick) (2006), 269 D.L.R. (4th) 654, [2006] 9 W.W.R. 687, 227 B.C.A.C. 140, 374 W.A.C. 140, 55 B.C.L.R. (4th) 66, 31 C.P.C. (6th) 149, [2006] B.C.J. No. 1176 (QL), 2006 BCCA 262, qui a infirmé une décision du juge Shaw, [2005] 11 W.W.R. 539, 45 B.C.L.R. (4th) 108, 15 C.P.C. (6th) 211, 129 C.R.R. (2d) 109, [2005] B.C.J. No. 589 (QL), 2005 BCSC 400. Pourvoi accueilli.

Brian T. Ross et *Karen L. Weslowski*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimée Jade Kathleen Ledenko Doucette, représentée par son tuteur Greg Bertram.

Karen F. W. Liang, pour l'intimé le chef du service de police de Vancouver.

Michael H. Morris, for the respondent the Attorney General of Canada.

J. Edward Gouge, Q.C., and *Natalie Hepburn Barnes*, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — The principal issue raised on this appeal is the scope of the "implied undertaking rule" under which evidence compelled during pretrial discovery from a party to civil litigation can be used by the parties only for the purpose of the litigation in which it was obtained. The issue arises in the context of alleged child abuse, a matter of great importance and concern in our society. The Attorney General of British Columbia rejects the existence of an implied undertaking rule in British Columbia (factum, at para. 4). Alternatively, if there is such a rule, he says it does not extend to *bona fide* disclosures of criminal activity. In his view the parties may, without court order, share with the police any discovery documents or oral testimony that tend to show criminal misconduct.

[2] In the further alternative, the Attorney General argues that the existence of an implied undertaking would not in any way inhibit the ability of the authorities, who are not parties to it, to obtain a subpoena *duces tecum* or to seize documents or a discovery transcript pursuant to a search warrant issued under s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[3] The British Columbia Court of Appeal held that the implied undertaking rule "does not extend to *bona fide* disclosure of criminal conduct" ((2006), 55 B.C.L.R. (4th) 66, 2006 BCCA 262, at para. 56). This ruling is stated too broadly, in my opinion. The rationale of the implied undertaking rule rests on the statutory compulsion that requires

Michael H. Morris, pour l'intimé le procureur général du Canada.

J. Edward Gouge, c.r., et *Natalie Hepburn Barnes*, pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Le principal point en litige en l'espèce concerne la portée de la « règle de l'engagement implicite » selon laquelle les éléments de preuve obtenus par contrainte d'une partie à une instance civile lors de l'enquête préalable ne peuvent être utilisés par les parties à d'autres fins que celles de l'instance au cours de laquelle ils ont été recueillis. La question se pose dans le contexte d'une allégation de violence contre un enfant, sujet d'une grande importance qui constitue une préoccupation majeure dans notre société. Le procureur général de la Colombie-Britannique rejette l'existence d'une règle de l'engagement implicite en Colombie-Britannique (mémoire, par. 4). Il déclare subsidiairement que, si une telle règle existe, elle ne s'applique pas à la divulgation de bonne foi d'activité criminelle. À son avis, les parties peuvent, sans ordonnance judiciaire, communiquer à la police tout document ou témoignage obtenu dans le cadre de l'enquête préalable qui tend à montrer un comportement criminel.

[2] Le procureur général ajoute subsidiairement que l'existence d'un engagement implicite n'empêcherait nullement les autorités, qui ne sont pas parties à l'engagement, d'obtenir un subpœna *duces tecum* ou de saisir des documents ou une transcription de l'interrogatoire préalable en vertu d'un mandat de perquisition décerné en application de l'art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[3] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la règle de l'engagement implicite [TRADUCTION] « ne s'applique pas à la divulgation de bonne foi d'un comportement criminel » ((2006), 55 B.C.L.R. (4th) 66, 2006 BCCA 262, par. 56). Cette décision a une portée trop large à mon avis. Le raisonnement qui sous-tend la règle de l'engagement

a party to make documentary and oral discovery regardless of privacy concerns and whether or not it tends to self-incriminate. The more serious the criminality, the greater would be the reluctance of a party to make disclosure fully and candidly, and the greater is the need for broad protection to facilitate his or her cooperation in civil litigation. It is true, as the chambers judge acknowledged, that there is an "immediate and serious danger" exception to the usual requirement for a court order prior to disclosure ((2005), 45 B.C.L.R. (4th) 108, 2005 BCSC 400, at paras. 28-29), but the exception is much narrower than is suggested by the *dictum* of the Court of Appeal, and it does not cover the facts of this case. In my view a party is not in general free to go without a court order to the police or any non-party with what it may view as "criminal conduct", which is a label that covers many shades of suspicion or rumour or belief about many different offences from the mundane to the most serious. The qualification added by the Court of Appeal, namely that the whistle blower must act *bona fides*, does not alleviate the difficulty. Many a tip to the police is tinged with self-interest. At what point does the hope of private advantage rob the communication of its *bona fides*? The lines need to be clear because, as the Court of Appeal itself noted, "non-*bona fide* disclosure of alleged criminal conduct would attract serious civil sanctions for contempt" (para. 56 (emphasis added)).

[4] Thus the rule is that both documentary and oral information obtained on discovery, including information thought by one of the parties to disclose some sort of criminal conduct, *is* subject to the implied undertaking. It is not to be used *by the other parties* except for the purpose of that litigation, unless and until the scope of the undertaking is varied by a court order or other judicial order or a situation of immediate and serious danger emerges.

implicite repose sur l'obligation légale qu'a une partie de communiquer préalablement les documents et de participer à l'interrogatoire préalable malgré les préoccupations au sujet de la protection de sa vie privée et que cela tende ou non à l'incriminer. Plus le crime est grave, plus une partie serait réticente à s'acquitter de son obligation de divulgation de façon complète et franche et plus il est nécessaire d'assurer une vaste protection pour faciliter sa collaboration dans un litige civil. Certes, comme l'a reconnu le juge en chambre, il est possible d'invoquer le « danger grave et immédiat » pour faire exception à la règle voulant qu'il faille habituellement obtenir une ordonnance judiciaire pour divulguer des renseignements ((2005), 45 B.C.L.R. (4th) 108, 2005 BCSC 400, par. 28-29). Cependant, l'exception est beaucoup plus restreinte que ne le donne à penser l'opinion incidente de la Cour d'appel et elle ne s'applique pas aux faits de l'espèce. À mon avis, une partie n'est généralement pas libre, sans ordonnance judiciaire, de révéler à la police ou à un tiers ce qu'elle peut considérer comme un « comportement criminel », étiquette qui englobe quantité d'infractions différentes, de la plus banale à la plus grave, dans toutes les nuances du soupçon, de la rumeur ou de la croyance. La Cour d'appel a précisé que le dénonciateur doit agir de bonne foi, mais la difficulté demeure entière. Bon nombre de renseignements communiqués à la police le sont partiellement par intérêt personnel. À quel moment l'espoir de favoriser ses intérêts personnels fait-il perdre la bonne foi? Les limites doivent être claires car, comme l'a fait remarquer la Cour d'appel, [TRADUCTION] « la divulgation de mauvaise foi d'un comportement criminel reproché entraînerait de sévères sanctions civiles pour outrage » (par. 56 (je souligne)).

[4] Ainsi, la règle est que les documents obtenus et les déclarations faites à l'enquête préalable, y compris les renseignements considérés par l'une des parties comme révélant un certain comportement criminel, *sont visés* par l'engagement implicite. *Les autres parties* ne peuvent les utiliser, sauf pour les besoins du litige, à moins qu'une ordonnance du tribunal ou autre ordonnance judiciaire ne vienne modifier la portée de l'engagement ou que ne survienne une situation de danger grave et immédiat.

[5] Here, because of the facts, much of the appellant's argument focussed on her right to protection against self-incrimination, but the implied undertaking rule is broader than that. It includes the wrongdoing of persons other than the examinee and covers innocuous information that is neither confidential nor discloses any wrongdoing at all. Here, if the parents of the victim or other party wished to disclose the appellant's transcript to the police, he or she or they could have made an application to the B.C. Supreme Court for permission to make disclosure, but none of them did so, and none of them is party to the current proceeding. The applicants are the Vancouver Police Department and the Attorney General of British Columbia supported by the Attorney General of Canada. None of these authorities is party to the undertaking. They have available to them the usual remedies of subpoena *duces tecum* or a search warrant under the *Criminal Code*. If at this stage they do not have the grounds to obtain a search warrant, it is not open to them to build their case on the compelled testimony of the appellant. Further, even if the authorities were thereby to obtain access to this compelled material, it would still be up to the court at the proceedings (if any) where it is sought to be introduced to determine its admissibility.

[6] I agree with the chambers judge that the balance of interests relevant to whether disclosure should be made by a party of alleged criminality is better evaluated by a court than by one of the litigants who will generally be self-interested. Discoveries (both oral and documentary) are likely to run more smoothly if none of the disputants are in a position to go without a court order to the police, or regulators or other authorities with their suspicions of wrongdoing, or to use the material obtained for any other purpose collateral or ulterior to the action in which the discovery is obtained. Of course the implied undertaking does not bind the Attorney General and the police (who are not parties to it) from seeking a search warrant in the ordinary way to obtain the discovery transcripts if they have the grounds to do so. Apparently, no such

[5] En raison des faits de l'espèce, l'argumentation de l'appelante porte en grande partie sur son droit à la protection contre l'auto-incrimination, mais la règle de l'engagement implicite a une portée plus large. Elle inclut les actes répréhensibles des personnes autres que la personne interrogée et couvre les renseignements anodins qui ne sont ni confidentiels ni révélateurs d'un agissement fautif. En l'occurrence, si les parents de la victime ou une autre partie voulaient divulguer la transcription de l'appelante à la police, ils auraient pu présenter une demande d'autorisation à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, mais ils ne l'ont pas fait et ils ne sont pas non plus parties à la présente instance. Les demandeurs sont le service de police de Vancouver et le procureur général de la Colombie-Britannique, appuyé par le procureur général du Canada. Aucune de ces autorités n'est partie à l'engagement. Elles disposent des recours habituels que sont le subpœna *duces tecum* ou le mandat de perquisition délivrés en vertu du *Code criminel*. À ce stade, si elles n'ont pas de motifs suffisants pour obtenir un mandat de perquisition, elles ne peuvent fonder leurs arguments sur le témoignage forcé de l'appelante. De plus, même si elles réussissaient ainsi à avoir accès aux renseignements obtenus par la contrainte, il appartiendrait tout de même au tribunal (le cas échéant) où l'on chercherait à les introduire en preuve de statuer sur leur admissibilité.

[6] Je conviens avec le juge en chambre que le tribunal est mieux placé qu'une partie, laquelle sera généralement intéressée, pour apprécier la pertinence de divulguer un comportement criminel reproché. L'interrogatoire préalable et la communication préalable de documents se déroulent vraisemblablement mieux si aucune des parties ne peut, sans ordonnance judiciaire, signaler ses soupçons à la police, aux organismes de réglementation ou autres autorités, ou utiliser les renseignements pour toute autre fin accessoire ou ultérieure à l'action dans le cadre de laquelle ils ont été obtenus. Bien sûr, l'engagement implicite n'empêche pas le procureur général et la police (qui ne sont pas parties à l'engagement) de demander un mandat de perquisition selon la procédure ordinaire pour obtenir les transcriptions de l'interrogatoire préalable s'ils ont les

application has been made. At this stage the matter has proceeded only to the point of determining whether or not the implied undertaking permits the "*bona fide* disclosure of criminal conduct" without court order (B.C.C.A., at para. 56). In my view it does not do so in the circumstances disclosed here. I would allow the appeal.

I. Facts

[7] The appellant, a childcare worker, provided day-care services in her home. A 16-month-old child, Jade Doucette, suffered a seizure while in the appellant's care. The child was later determined to have suffered a brain injury. She and her parents sued the owners and operators of the day-care centre for damages, alleging that Jade's injury resulted from its negligence and that of the appellant.

[8] The appellant's defence alleges, in part, that Jade suffered a number of serious mishaps, including a bicycle accident while riding as a passenger with her father, none of which involved the appellant, and none of which were disclosed to the appellant when the child was delivered into her care (Statement of Defence, at para. 3).

[9] The Vancouver Police have for several years been conducting an investigation, which is still ongoing. In May 2004, the Vancouver Police arrested the appellant. She was questioned in the absence of her counsel (A.R., at p. 179). She was later released. In August 2004, the appellant and her husband received notices that their private communications had been intercepted by the police pursuant to s. 196 of the *Criminal Code*. To date, no criminal charges have been laid. In furtherance of that investigation, the authorities seek access to the appellant's discovery transcript.

[10] In November 2004, the appellant brought an interlocutory motion to prohibit the parties to the civil proceeding from providing the transcripts of discovery (which had not yet been held) to the police. She also sought to prevent the release of information from the transcripts to the police or the

motifs de le faire. Apparemment aucune demande n'a été faite dans ce sens. À cette étape, il s'agit seulement de déterminer si l'engagement implicite autorise la [TRADUCTION] « divulgation de bonne foi d'un comportement criminel sans ordonnance judiciaire » (C.A.C.-B., par. 56). À mon avis, il ne l'autorise pas dans les circonstances de l'affaire. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

I. Les faits

[7] L'appelante, une travailleuse en garderie, fournissait des services de garde de jour chez elle. Une enfant de 16 mois, Jade Doucette, a eu une crise d'apoplexie pendant qu'elle était sous sa garde. Il a été déterminé par la suite que l'enfant avait subi une lésion cérébrale. Ses parents et elle ont intenté une action en dommages-intérêts contre les propriétaires-exploitants de la garderie, alléguant que la lésion était imputable à une négligence de leur part et de la part de l'appelante.

[8] L'appelante plaide en défense notamment que Jade a subi un certain nombre d'accidents graves, dont un accident de bicyclette alors qu'elle était passagère sur le vélo de son père. Elle n'était impliquée dans aucun de ces accidents et les parents ne lui en ont pas fait part lorsqu'ils ont confié l'enfant à ses soins (défense, par. 3).

[9] La police de Vancouver fait enquête sur cette affaire depuis plusieurs années. En mai 2004, elle a arrêté l'appelante. Celle-ci a été interrogée sans la présence de son avocat (d.a., p. 179), puis libérée. En août 2004, l'appelante et son mari ont été avisés, conformément à l'art. 196 du *Code criminel*, que leurs communications privées avaient été interceptées par la police. À ce jour, aucune accusation criminelle n'a été portée. Dans le cadre de cette enquête, les autorités veulent avoir accès à la transcription de l'interrogatoire préalable de l'appelante.

[10] En novembre 2004, l'appelante a présenté une requête interlocutoire visant à interdire aux parties à la poursuite civile de fournir à la police les transcriptions de l'interrogatoire préalable (qui n'avait pas encore eu lieu). Elle a aussi cherché à empêcher la communication des renseignements

Attorney General of British Columbia and a third motion to prohibit the Attorney General of British Columbia, the police and the RCMP from obtaining and using copies of the transcripts and solicitor's notes without further court order. She relied upon the implied undertaking rule.

[11] The Attorney General of British Columbia opposed the appellant's motions and brought his own cross-motion for an order (if necessary) varying the legal undertaking to permit release of the transcripts to the police. He also brought a second motion for an order permitting the police to apply for the transcripts by way of search warrant, subpoena or other investigative means in the usual way.

[12] The appellant was examined for discovery for four days between June 2005 and September 2006. She claimed the protection of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, the British Columbia *Evidence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 124, and (though an explicit claim was not necessary) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and says that she answered all the appropriate questions put to her. The transcripts are now in the possession of the parties and/or their counsel.

[13] In 2006, the underlying claim was settled. The appellant's discovery was never entered into evidence at a trial nor its contents disclosed in open court.

II. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia (Shaw J.)* (2005), 45 B.C.L.R. (4th) 108, 2005 BCSC 400

[14] The chambers judge observed that an examination for discovery is statutorily compelled testimony by rule 27 of the B.C. *Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90. As a general rule, there exists in

provenant des transcriptions à la police ou au procureur général de la Colombie-Britannique, et une troisième requête visant à interdire au procureur général de la Colombie-Britannique, à la police et à la GRC d'obtenir et d'utiliser les copies des transcriptions et les notes de l'avocat sans autre ordonnance judiciaire. Elle a invoqué la règle de l'engagement implicite.

[11] Le procureur général de la Colombie-Britannique s'est opposé aux requêtes de l'appelante et a présenté sa propre requête incidente en vue de faire modifier (au besoin) l'engagement légal de manière à permettre la communication des transcriptions à la police. Il a aussi présenté une deuxième requête pour que soit rendue une ordonnance autorisant la police à demander les transcriptions par voie de mandat de perquisition, de subpœna ou autre méthode d'enquête habituelle.

[12] L'interrogatoire préalable de l'appelante a duré quatre jours, entre juin 2005 et septembre 2006. Elle a demandé la protection de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, de la *Evidence Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 124, et (même si une demande explicite n'était pas nécessaire) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et déclare qu'elle a répondu à toutes les questions pertinentes qui lui ont été posées. Les transcriptions sont maintenant en la possession des parties ou de leurs avocats.

[13] En 2006, la demande initiale a fait l'objet d'un règlement. L'interrogatoire préalable de l'appelante n'a jamais été déposé en preuve devant les tribunaux et les renseignements obtenus au cours de cet interrogatoire n'ont pas été divulgués en audience.

II. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Shaw)* (2005), 45 B.C.L.R. (4th) 108, 2005 BCSC 400

[14] Le juge en chambre a fait remarquer qu'un interrogatoire préalable est un témoignage forcé en vertu de la règle 27 des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique, B.C. Reg. 221/90. En

British Columbia an implied undertaking in civil actions that the parties and their lawyers will use discovery evidence strictly for the purposes of the court case. Discovery exists because getting at the truth in the pursuit of justice is an important social goal, but so (he held) is limiting the invasion of the examinee's privacy. Evidence taken on oral discovery comes within the scope of the undertaking. He noted that the court has the discretionary power to grant exemptions from or variations to the undertaking, and that in the exercise of that discretion courts must balance the need for disclosure against the right to privacy.

règle générale, il existe dans les actions civiles en Colombie-Britannique un engagement implicite selon lequel les parties et leurs avocats n'utilisent les éléments de preuve obtenus lors de l'enquête préalable que pour les besoins de l'affaire. Selon le juge en chambre, l'enquête préalable répond à un objectif important dans notre société, soit la recherche de la vérité dans la poursuite de la justice, mais limiter l'empiétement sur la vie privée de la personne interrogée est également important. Les dépositions recueillies lors de l'interrogatoire préalable tombent sous le coup de l'engagement. Le juge en chambre a souligné que les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions à l'égard de l'engagement ou de le modifier et que, dans l'exercice de ce pouvoir, ils doivent trouver un équilibre entre la nécessité de la divulgation et le droit à la vie privée.

[15] The chambers judge rejected the contention that the implied undertaking does not apply to evidence of crimes. Considerations of practicality supported keeping evidence of crimes within the scope of the undertaking because such evidence could vary from mere suspicion to blatant admissions and from minor to the most serious offences. It was better to leave the discretionary power of relief to the courts.

[15] Le juge en chambre a rejeté l'argument que l'engagement implicite ne vise pas la preuve de crimes. Des considérations d'ordre pratique justifiaient l'application de l'engagement à la preuve de crimes, car une telle preuve pouvait aller du simple soupçon à l'aveu flagrant et d'une infraction mineure à l'infraction la plus grave. Il valait mieux laisser aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de modifier l'engagement.

[16] As to the various arguments asserted by the appellant under ss. 7, 11(*c*) and 13 of the *Charter*, the chambers judge concluded that "[t]he state is forbidden to use its investigatory powers to violate the confidentiality requirement of solicitor-client privilege; so too, in my view, should the state be forbidden to violate the confidentiality protected by discovery privilege" (para. 62). In his view, it was not open to the police to seize the transcript under a search warrant.

[16] Quant aux divers arguments que l'appelante fondait sur les art. 7 et 13 et l'al. 11*c*) de la *Charte*, le juge en chambre a conclu qu'[TRADUCTION] « [i]l est interdit à l'État d'utiliser ses pouvoirs d'enquête pour violer la confidentialité inhérente au privilège du secret professionnel de l'avocat; de même, devrait-il être interdit à l'État de violer la confidentialité des renseignements privilégiés obtenus lors de l'interrogatoire préalable » (par. 62). Selon le juge en chambre, il n'appartient pas à la police de saisir la transcription en vertu d'un mandat de perquisition.

B. *Court of Appeal for British Columbia (Newbury, Low and Kirkpatrick JJ.A.)* (2006), 55 B.C.L.R. (4th) 66, 2006 BCCA 262

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Low et Kirkpatrick)* (2006), 55 B.C.L.R. (4th) 66, 2006 BCCA 262

[17] The Court of Appeal allowed the appeal. In its view, the parties were at liberty to disclose

[17] La Cour d'appel a accueilli l'appel. À son avis, les parties étaient libres de divulguer à la

the appellant's discovery evidence to the police to assist in the criminal investigation. Further, the authorities could obtain the discovery evidence by lawful investigative means such as subpoenas and search warrants.

[18] Kirkpatrick J.A., speaking for a unanimous court, noted the English law on the implied undertaking of confidentiality had been applied in British Columbia only in recent years. See *Hunt v. T & N plc* (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 110. In that case, however, the British Columbia Court of Appeal had held that "[t]he obligation the law imposes is one of confidentiality from improper publication. It does not supersede all other legal, social or moral duties" (para. 65; quoted at para. 32). Thus, in Kirkpatrick J.A.'s opinion, "the undertaking in the action cannot form a shield from the detection and prosecution of crimes in which the public has an overriding interest" (para. 48).

[19] Kirkpatrick J.A. then turned to the *Charter* issues in the case. She noted that no charges had been laid against the appellant and therefore that ss. 11(*c*) (which applies to persons "charged with an offence") and 13 (which provides use immunity) were not engaged. The appellant was not in any imminent danger of deprivation of her right to liberty or security, and therefore any s. 7 claim was premature. Kirkpatrick J.A. declared that an implied undertaking, being just a rule of civil procedure, should not be given "constitutional status". Discovery material is not immune to search or seizure. The appeal was therefore allowed.

III. Analysis

[20] The root of the implied undertaking is the statutory compulsion to participate fully in pre-trial oral and documentary discovery. If the opposing party seeks information that is relevant and is not

police les éléments de preuve obtenus lors de l'interrogatoire préalable de l'appelante pour aider au déroulement de l'enquête criminelle. De plus, les autorités pouvaient y avoir accès par les méthodes d'enquête licites telles que les subpœna et les mandats de perquisition.

[18] La juge Kirkpatrick, au nom de la cour à l'unanimité, a fait observer que ce n'est qu'au cours des dernières années que le droit anglais en matière d'engagement implicite de confidentialité a été appliqué en Colombie-Britannique. Voir *Hunt c. T & N plc* (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 110. Dans cette affaire, cependant, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait conclu que [TRADUCTION] « [l]'obligation prévue par la loi est une obligation de confidentialité interdisant la publication non autorisée. Elle ne prime pas toutes les autres obligations légales, sociales ou morales » (par. 65; cité au par. 32). Ainsi, selon la juge Kirkpatrick, [TRADUCTION] « l'engagement dans la présente action ne peut protéger contre la détection du crime et la poursuite des criminels, domaines où l'intérêt du public est prédominant » (par. 48).

[19] La juge Kirkpatrick a ensuite abordé les questions relatives à la *Charte*. Elle a constaté qu'aucune accusation n'avait été portée contre l'appelante et que, par conséquent, l'al. 11*c*) (qui vise tout « inculpé ») et l'art. 13 (qui prévoit l'immunité contre l'utilisation de la preuve) ne trouvaient pas application. L'appelante ne risquait pas de façon imminente d'être privée de son droit à la liberté ou à la sécurité; par conséquent, toute demande fondée sur l'art. 7 était prématurée. La juge Kirkpatrick a déclaré qu'un engagement implicite, en tant que simple règle de procédure civile, ne devait pas se voir accorder un « statut constitutionnel ». Les éléments de preuve obtenus à l'enquête préalable ne sont pas à l'abri d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie. L'appel a donc été accueilli.

III. Analyse

[20] L'engagement implicite repose sur l'obligation légale de participer pleinement à l'interrogatoire préalable et à la communication préalable de documents. Tout renseignement pertinent non

protected by privilege, it must be disclosed even if it tends to self-incrimination. See British Columbia *Rules of Court*, rr. 27(2), 44, 60(41), 60(42) and 64(1); *Ross v. Henriques*, [2007] B.C.J. No. 2023 (QL), 2007 BCSC 1381, at paras. 180-81. In Quebec, see *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 743, 2001 SCC 51, at para. 42. In Ontario, see *Stickney v. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469 (H.C.J.), aff'd (1974), 3 O.R. (2d) 538 (Div. Ct.), aff'd (1974), 3 O.R. (2d) 538 (p. 539) (C.A.), leave to appeal ref'd, [1974] S.C.R. xii. The rule in common law jurisdictions was affirmed post-*Charter* in *Tricontinental Investments Co. v. Guarantee Co. of North America* (1982), 39 O.R. (2d) 614 (H.C.J.), and has been applied to public inquiries, *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97.

[21] The Attorney General of British Columbia submits that *Lac d'Amiante*, which was based on the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, "was wrongly decided" (factum, at para. 16). An implied undertaking not to disclose pre-trial documentary and oral discovery for purposes other than the litigation in which it was obtained is, he argues, contrary to the "open court" principle stated in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, and *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326 (factum, at para. 6). The Vancouver Police support this position (factum, at para. 48). The argument is based on a misconception. Pre-trial discovery does not take place in open court. The vast majority of civil cases never go to trial. Documents are inspected or exchanged by counsel at a place of their own choosing. In general, oral discovery is not conducted in front of a judge. The only point at which the "open court" principle is engaged is when, if at all, the case goes to trial and the discovered party's documents or answers from the discovery transcripts are introduced as part of the case at trial.

privilégié doit être divulgué à la partie adverse qui cherche à l'obtenir même s'il tend à l'incriminer. Voir *Rules of Court* de la Colombie-Britannique, règles 27(2), 44, 60(41), 60(42) et 64(1); *Ross c. Henriques*, [2007] B.C.J. No. 2023 (QL), 2007 BCSC 1381, par. 180-181. Au Québec, voir *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51, par. 42. En Ontario, voir *Stickney c. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469 (H.C.J.), conf. (1974), 3 O.R. (2d) 538 (C. div.), conf. par (1974), 3 O.R. (2d) 538 (p. 539) (C.A.), autorisation d'appel refusée, [1974] S.C.R. xii. La règle dans les provinces de common law a été confirmée après l'adoption de la *Charte* dans *Tricontinental Investments Co. c. Guarantee Co. of North America* (1982), 39 O.R. (2d) 614 (H.C.J.), et a été appliquée aux enquêtes publiques, *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97.

[21] Le procureur général de la Colombie-Britannique affirme que l'arrêt *Lac d'Amiante*, basé sur le *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25, [TRADUCTION] « est mal fondé » (mémoire, par. 16). Il soutient que l'engagement implicite de ne pas divulguer à des fins étrangères au litige les documents produits et les déclarations faites lors de l'enquête préalable est contraire au principe de la « publicité des débats en justice » énoncé dans *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, et *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 (mémoire, par. 6). La police de Vancouver appuie ce point de vue (mémoire, par. 48). L'argument est mal fondé. L'enquête préalable n'a pas lieu en audience publique et l'immense majorité des affaires civiles n'atteignent pas l'étape du procès. Les avocats examinent ou échangent les documents à l'endroit de leur choix. De façon générale, l'interrogatoire préalable n'a pas lieu devant un juge. Le seul moment où le principe de la « publicité des débats en justice » entre en jeu est celui de l'instruction où les documents de la partie interrogée au préalable ou les réponses tirées des transcriptions de l'interrogatoire préalable sont introduits en preuve au procès.

[22] In *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, relied on by the Vancouver Police as well as by the Attorney General of British Columbia, the contents of the affidavit in support of the search warrant application were made public, but not until after the search warrant had been executed, and "the purposes of the policy of secrecy are largely, if not entirely, accomplished" (p. 188). At that point the need for public access and public scrutiny prevail. Here the action has been settled but the policies reflected in the implied undertaking (privacy and the efficient conduct of civil litigation generally) remain undiminished. Nor is *Edmonton Journal* helpful to the respondents. In that case the Court struck down a "sweeping" Alberta prohibition against publication of matrimonial proceedings, including publication of the "comments of counsel and the presiding judge". In the face of such prohibition, the court asked, "[h]ow then is the community to know if judges conduct themselves properly" (p. 1341). No such questions of state accountability arise in pre-trial discoveries. The situations are simply not analogous.

A. *The Rationale for the Implied Undertaking*

[23] Quite apart from the cases of exceptional prejudice, as in disputes about trade secrets or intellectual property, which have traditionally given rise to express confidentiality orders, there are good reasons to support the existence of an implied (or, in reality, a court-imposed) undertaking.

[24] In the first place, pre-trial discovery is an invasion of a private right to be left alone with your thoughts and papers, however embarrassing, defamatory or scandalous. At least one side in every lawsuit is a reluctant participant. Yet a proper pre-trial discovery is essential to prevent surprise or "litigation by ambush", to encourage settlement once the facts are known, and to narrow issues even where settlement proves unachievable. Thus, rule 27(22) of the B.C. *Rules of Court* compels a litigant to answer all relevant questions posed on

[22] Dans l'affaire *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, citée par la police de Vancouver et le procureur général de la Colombie-Britannique, le contenu de l'affidavit présenté à l'appui de la demande de mandat de perquisition avait été rendu public, mais seulement après l'exécution du mandat et lorsque « les objectifs que vise le principe du secret sont en grande partie sinon complètement atteints » (p. 188). À ce moment-là, la nécessité de l'accès du public et de l'examen public prévaut. En l'espèce, l'action a fait l'objet d'un règlement, mais les principes sous-tendant l'engagement implicite (généralement la protection de la vie privée et le déroulement efficace des poursuites civiles) demeurent inchangés. L'arrêt *Edmonton Journal* n'aide pas non plus la cause des intimés. Dans cet arrêt, la Cour a invalidé, à cause de son « étendue », l'interdiction en Alberta de publier des renseignements obtenus au cours d'instances matrimoniales, y compris « les remarques des avocats et du juge ». Devant une telle interdiction, la Cour s'est demandée « [c]omment la société peut [. . .] alors savoir si les juges se conduisent correctement » (p. 1341). Aucune question concernant la responsabilité de l'État ne se pose à l'enquête préalable. Les situations ne sont simplement pas analogues.

A. *Fondement de l'engagement implicite*

[23] Hormis les cas de préjudice exceptionnel, comme dans les litiges en matière de secrets commerciaux ou de propriété intellectuelle, où les ordonnances expresses de confidentialité sont courantes, il y a de bonnes raisons de reconnaître l'existence d'un engagement implicite (ou, en réalité, d'un engagement d'origine judiciaire).

[24] Premièrement, l'enquête préalable est une atteinte au droit de garder pour soi ses pensées et ses documents, aussi embarrassants, diffamatoires ou scandaleux soient-ils. Dans chaque poursuite, au moins une partie est réticente. Or, l'étape de l'enquête préalable est essentielle pour éviter les surprises ou les « litiges par guet-apens », pour encourager les règlements une fois les faits connus et pour circonscrire les questions en litige même lorsqu'un règlement s'avère impossible. Ainsi, la règle 27(22) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique

an examination for discovery. Failure to do so can result in punishment by way of imprisonment or fine pursuant to rules 56(1), 56(4) and 2(5). In some provinces, the rules of practice provide that individuals who are not even parties can be ordered to submit to examination for discovery on issues relevant to a dispute in which they may have no direct interest. It is not uncommon for plaintiff's counsel aggressively to "sue everyone in sight" not with any realistic hope of recovery but to "get discovery". Thus, for the out-of-pocket cost of issuing a statement of claim or other process, the gate is swung open to investigate the private information and perhaps highly confidential documents of the examinee in pursuit of allegations that might in the end be found to be without any merit at all.

[25] The public interest in getting at the truth in a civil action outweighs the examinee's privacy interest, but the latter is nevertheless entitled to a measure of protection. The answers and documents are compelled by statute solely for the purpose of the civil action and the law thus requires that the invasion of privacy should generally be limited to the level of disclosure necessary to satisfy that purpose and that purpose alone. Although the present case involves the issue of self-incrimination of the appellant, that element is not a necessary requirement for protection. Indeed, the disclosed information need not even satisfy the legal requirements of confidentiality set out in *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254. The general idea, metaphorically speaking, is that whatever is disclosed in the discovery room stays in the discovery room unless eventually revealed in the courtroom or disclosed by judicial order.

[26] There is a second rationale supporting the existence of an implied undertaking. A litigant who has some assurance that the documents and answers will not be used for a purpose collateral or ulterior to the proceedings in which they are demanded will be encouraged to provide a more

oblige une partie à un litige à répondre à toutes les questions pertinentes posées lors de l'interrogatoire préalable. Le refus est sanctionné par l'emprisonnement ou une amende en application des règles 56(1), 56(4) et 2(5). Dans certaines provinces, selon les règles de pratique, les personnes qui ne sont même pas parties au litige peuvent se voir ordonner de se soumettre à l'interrogatoire préalable au sujet de questions qui sont pertinentes pour le litige, mais dans lesquelles elles n'ont aucun intérêt direct. Il n'est pas rare que l'avocat du demandeur poursuive vigoureusement « tout ce qui bouge », non pas dans l'espoir réaliste d'une indemnisation, mais pour avoir droit à l'interrogatoire préalable. Ainsi, contre le paiement des menus frais exigés pour le dépôt d'une déclaration ou autre procédure, la partie demanderesse a accès à un flot de renseignements privés et peut-être de documents hautement confidentiels de la personne interrogée, sur la base d'allégations, qui en fin de compte peuvent se révéler complètement dénuées de fondement.

[25] Dans une action civile, l'intérêt qu'a le public à découvrir la vérité l'emporte sur le droit de la personne interrogée à sa vie privée, lequel mérite néanmoins une certaine protection. La loi n'oblige à fournir des réponses et à produire des documents que pour l'action civile, et elle exige donc que l'atteinte à la vie privée se limite généralement à la mesure nécessaire à ces fins. Même si la présente affaire soulève la question de l'auto-incrimination de l'appelante, il ne s'agit pas d'une condition préalable à la protection. En fait, il n'est même pas nécessaire que les renseignements divulgués satisfassent aux exigences légales de confidentialité énoncées dans *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254. L'idée générale est que, métaphoriquement, tout ce qui est divulgué dans la pièce où se déroule l'interrogatoire préalable reste dans cette pièce, sauf si cela est finalement révélé en salle d'audience ou révélé par suite d'une ordonnance judiciaire.

[26] Une deuxième raison justifie l'existence d'un engagement implicite. La partie qui a une certaine assurance que les documents et les réponses qu'elle fournit ne seront pas utilisés à des fins connexes ou ultérieures à l'instance où ils sont exigés sera incitée à donner des renseignements plus exhaustifs

complete and candid discovery. This is of particular interest in an era where documentary production is of a magnitude ("litigation by avalanche") as often to preclude careful pre-screening by the individuals or corporations making production. See *Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), *per* Esson J.A. dissenting, at pp. 10-11.

[27] For good reason, therefore, the law imposes on the parties to civil litigation an undertaking *to the court* not to use the documents or answers for any purpose other than securing justice in the civil proceedings in which the answers were compelled (whether or not such documents or answers were in their origin confidential or incriminatory in nature). See *Home Office v. Harman*, [1983] 1 A.C. 280 (H.L.); *Lac d'Amiante*; *Hunt v. T & N plc*; *Shaw Estate v. Oldroyd*, [2007] B.C.J. No. 1310 (QL), 2007 BCSC 866, at para. 21; *Rayman Investments and Management Inc. v. Canada Mortgage and Housing Corp.*, [2007] B.C.J. No. 628 (QL), 2007 BCSC 384; *Wilson v. McCoy* (2006), 59 B.C.L.R. (4th) 1, 2006 BCSC 1011; *Laxton Holdings Ltd. v. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570 (Sask. C.A.); *Blake v. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176 (Man. Q.B.); *755568 Ontario Ltd. v. Linchris Homes Ltd.* (1990), 1 O.R. (3d) 649 (Gen. Div.); *Rocca Enterprises Ltd. v. University Press of New Brunswick Ltd.* (1989), 103 N.B.R. (2d) 224 (Q.B.); *Eli Lilly and Co. v. Interpharm Inc.* (1993), 161 N.R. 137 (F.C.A.). A number of other decisions are helpfully referenced in W. A. Stevenson and J. E. Côté, *Civil Procedure Encyclopedia* (2003), vol. 2, at pp. 42-36 *et seq.*, and C. Papile, "The Implied Undertaking Revisited" (2006), 32 *Adv. Q.* 190, at pp. 194-96.

[28] The need to protect the privacy of the pre-trial discovery is recognized even in common law jurisdictions where there is no implied undertaking. See J. B. Laskin, "The Implied Undertaking" (a paper presented to the CBA-Ontario, CLE Conference on *Privilege and Confidential Information in Litigation — Current Developments and Future Trends*, October 19, 1991), at pp. 36-40. Rule

et honnêtes. Cela est particulièrement intéressant à une époque où la production de documents est d'une envergure telle (« litige par avalanche ») qu'elle empêche, bien souvent, les particuliers ou les entreprises devant produire les documents de procéder à une présélection approfondie. Voir *Kyuquot Logging Ltd. c. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), le juge Esson, dissident, p. 10-11.

[27] À juste titre donc, la loi impose aux parties à un litige civil un engagement *envers la cour* de ne pas utiliser les documents ou les réponses pour toute autre fin que la recherche de la justice dans l'instance civile au cours de laquelle ils ont été obtenus (que ces documents ou réponses aient été ou non à l'origine confidentiels ou incriminants). Voir *Home Office c. Harman*, [1983] 1 A.C. 280 (H.L.); *Lac d'Amiante*; *Hunt c. T & N plc*; *Shaw Estate c. Oldroyd*, [2007] B.C.J. No. 1310 (QL), 2007 BCSC 866, par. 21; *Rayman Investments and Management Inc. c. Canada Mortgage and Housing Corp.*, [2007] B.C.J. No. 628 (QL), 2007 BCSC 384; *Wilson c. McCoy* (2006), 59 B.C.L.R. (4th) 1, 2006 BCSC 1011; *Laxton Holdings Ltd. c. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570 (C.A. Sask.); *Blake c. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176 (B.R. Man.); *755568 Ontario Ltd. c. Linchris Homes Ltd.* (1990), 1 O.R. (3d) 649 (Div. gén.); *Rocca Enterprises Ltd. c. University Press of New Brunswick Ltd.* (1989), 103 R.N.-B. (2e) 224 (B.R.); *Eli Lilly and Co. c. Interpharm Inc.* (1993), 161 N.R. 137 (C.A.F.). On trouve des références utiles à un certain nombre d'autres décisions dans l'ouvrage de W. A. Stevenson et J. E. Côté, *Civil Procedure Encyclopedia* (2003), vol. 2, p. 42-36 et suiv., ainsi que dans l'article de C. Papile, « The Implied Undertaking Revisited » (2006), 32 *Adv. Q.* 190, p. 194-196.

[28] La nécessité de protéger le caractère privé de l'interrogatoire préalable est reconnue même dans les provinces de common law, où l'engagement implicite n'existe pas. Voir J. B. Laskin, « The Implied Undertaking » (document présenté à l'ABC-Ontario, conférence de FJP intitulée *Privilege and Confidential Information in Litigation — Current Developments and Future*

26(c) of the United States *Federal Rules of Civil Procedure* (28 U.S.C.A.) provides that a court may, upon a showing of "good cause", grant a protective order to maintain the confidentiality of information disclosed during discovery. The practical effect is that the courts routinely make confidentiality orders limited to pre-trial disclosure to protect a party or person being discovered "from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense". See, e.g., *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 785 F.2d 1108 (3d Cir. 1986).

B. *Remedies for Breach of the Implied Undertaking*

[29] Breach of the undertaking may be remedied by a variety of means including a stay or dismissal of the proceeding, or striking a defence, or, in the absence of a less drastic remedy, contempt proceedings for breach of the undertaking owed to the court. See *Lac d'Amiante*, at para. 64, and *Goodman v. Rossi* (1995), 125 D.L.R. (4th) 613 (Ont. C.A.), at p. 624.

C. *Exceptional Circumstances May Trump the Implied Undertaking*

[30] The undertaking is imposed in recognition of the examinee's privacy interest, and the public interest in the efficient conduct of civil litigation, but those values are not, of course, absolute. They may, in turn, be trumped by a more compelling public interest. Thus, where the party being discovered does not consent, a party bound by the undertaking may apply to the court for leave to use the information or documents otherwise than in the action, as described in *Lac d'Amiante*, at para. 77:

> Before using information, however, the party in question will have to apply for leave, specifying the purposes of using the information and the reasons why it is justified, and both sides will have to be heard on the application.

Trends, 19 octobre 1991), p. 36-40. La règle 26c) des *Federal Rules of Civil Procedure* des États-Unis (28 U.S.C.A.) prévoit qu'un tribunal peut, pour [TRADUCTION] « motif valable », accorder une ordonnance de protection pour préserver la confidentialité des renseignements divulgués pendant l'interrogatoire préalable. Concrètement, cela signifie que les tribunaux rendent couramment des ordonnances de confidentialité limitées à la divulgation préalable au procès pour éviter que la partie ou la personne interrogée au préalable soit [TRADUCTION] « importunée, gênée, accablée ou qu'on lui impose un fardeau trop lourd ou des frais excessifs ». Voir, p. ex., *Cipollone c. Liggett Group, Inc.*, 785 F.2d 1108 (3d Cir. 1986).

B. *Recours en cas de manquement à l'engagement implicite*

[29] Le manquement à l'engagement peut faire l'objet de diverses mesures réparatrices, dont le sursis ou le rejet de l'instance, la radiation de la défense ou, en l'absence d'une réparation moins draconienne, une procédure pour manquement à l'engagement envers le tribunal. Voir *Lac d'Amiante*, par. 64, et *Goodman c. Rossi* (1995), 125 D.L.R. (4th) 613 (C.A. Ont.), p. 624.

C. *Circonstances exceptionnelles primant l'engagement implicite*

[30] L'engagement est imposé pour protéger le droit de la personne interrogée à sa vie privée ainsi que l'intérêt qu'a le public dans le déroulement efficace des litiges civils. Toutefois, ces valeurs ne sont pas absolues. Elles peuvent, à leur tour, céder le pas devant un intérêt public plus impérieux. Ainsi, en cas de non-consentement de la partie interrogée, la partie liée par l'engagement peut demander au tribunal l'autorisation d'utiliser les renseignements ou les documents pour une autre fin que celle de l'action, comme il est indiqué dans *Lac d'Amiante*, par. 77 :

> Avant d'employer l'information, la partie concernée devra cependant présenter une demande à cette fin. Cette dernière précisera les buts de l'utilisation et les motifs qui la justifient et sera ensuite débattue contradictoirement.

In such an application the judge would have access to the documents or transcripts at issue.

D. *Applications Should Be Dealt with Expeditiously*

[31] The injury to Jade Doucette occurred on November 19, 2001. The police investigation was launched shortly thereafter. Almost four years ago the appellant was (briefly) arrested. Three and a half years ago the present court applications were launched. Over two years ago the appellant was examined for discovery. It is apparent that in many of these cases delay will defeat the purpose of the application. It is important that they proceed expeditiously.

E. *Criteria on the Application for a Modification or Variance of the Implied Undertaking*

[32] An application to modify or relieve against an implied undertaking requires an applicant to demonstrate to the court on a balance of probabilities the existence of a public interest of greater weight than the values the implied undertaking is designed to protect, namely privacy and the efficient conduct of civil litigation. In a case like the present, of course, there weighs heavily in the balance the right of a suspect to remain silent in the face of a police investigation, and the right not to be compelled to incriminate herself. The chambers judge took the view (I think correctly) that in this case that factor was decisive. In other cases the mix of competing values may be different. What is important in each case is to recognize that unless an examinee is satisfied that the undertaking will only be modified or varied by the court in exceptional circumstances, the undertaking will not achieve its intended purpose.

[33] Reference was made to *Crest Homes plc v. Marks*, [1987] 2 All E.R. 1074, where Lord Oliver said, on behalf of the House of Lords, that the authorities "illustrate no general principle beyond this, that the court will not release or modify the implied undertaking given on discovery save in special circumstances and where the release or modification will not occasion injustice to the

Dans le cadre d'une telle demande, le juge a accès aux documents et transcriptions en question.

D. *Les demandes doivent être traitées rapidement*

[31] La blessure de Jade Doucette est survenue le 19 novembre 2001. La police a ouvert une enquête peu de temps après. Il y a près de quatre ans, l'appelante a été arrêtée et détenue brièvement. Les actuelles demandes en justice ont été présentées il y a trois ans et demi. L'appelante a été interrogée au préalable il y a plus de deux ans. Il est clair que dans bon nombre de ces cas le retard vient contrecarrer l'objet de la demande. Il importe de donner rapidement suite à ces demandes.

E. *Critères à appliquer pour les demandes de modification de l'engagement implicite*

[32] La personne qui demande une modification ou une levée de l'engagement implicite doit démontrer au tribunal, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un intérêt public plus important que les valeurs visées par l'engagement implicite, à savoir la protection de la vie privée et le déroulement efficace du litige civil. Dans une affaire comme celle-ci, il est évident que le droit du suspect de garder le silence face aux questions des policiers et son droit de ne pas s'incriminer pèsent lourd dans la balance. Le juge en chambre estime (à bon droit, à mon avis) qu'en l'espèce ce facteur était déterminant. Dans d'autres cas, la combinaison de valeurs opposées peut être différente. Ce qui importe dans chaque cas, c'est de reconnaître que l'engagement n'atteindra pas le but visé, sauf si la personne interrogée est convaincue que le tribunal ne le modifiera que dans des circonstances exceptionnelles.

[33] On a renvoyé à l'affaire *Crest Homes plc c. Marks*, [1987] 2 All E.R. 1074, où lord Oliver, au nom de la Chambre des lords, a expliqué que la jurisprudence [TRADUCTION] « se borne à établir le principe général selon lequel les tribunaux n'accepteront de relever une partie de l'engagement implicite donné lors de l'enquête préalable ou de modifier cet engagement que dans des circonstances

person giving discovery" (p. 1083). I would prefer to rest the discretion on a careful weighing of the public interest asserted by the applicant (here the prosecution of a serious crime) against the public interest in protecting the right against self-incrimination as well as upholding a litigant's privacy and promoting an efficient civil justice process. What is important is the identification of the competing values, and the weighing of one in the light of the others, rather than setting up an absolute barrier to occasioning any "injustice to the person giving discovery". Prejudice, possibly amounting to injustice, to a particular litigant may exceptionally be held justified by a higher public interest, as in the case of the accused whose solicitor-client confidences were handed over to the police in *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, a case referred to in the courts below, and discussed hereafter. Of course any perceived prejudice to the examinee is a factor that will always weigh heavily in the balance. It may be argued that disclosure to the police of the evil secrets of the psychopath at issue in *Smith v. Jones* may have been prejudicial to him but was not an "injustice" in the overall scheme of things, but such a gloss would have given cold comfort to an accused who made his disclosures in the expectation of confidentiality. If public safety trumps solicitor-client privilege despite a measure of injustice to the (unsympathetic) accused in *Smith v. Jones*, it can hardly be disputed in this jurisdiction that the implied undertaking rule would yield to such a higher public interest as well.

[34] Three Canadian provinces have enacted rules governing when relief should be given against such implied or "deemed" undertakings (see *Queen's Bench Rules*, M.R. 553/88, r. 30.1 (Manitoba); *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 30.1 (Ontario); *Rules of Civil Procedure*, r. 30.1 (Prince Edward Island)). I believe the test formulated therein (in identical terms) is apt as a reflection of the common law more generally, namely:

particulières et si l'exemption ou la modification ne causera aucune injustice à la partie interrogée » (p. 1083). Je préférerais que ce pouvoir discrétionnaire repose sur une pondération soigneuse de l'intérêt public invoqué par le demandeur (en l'espèce, la poursuite de l'auteur d'un crime grave) par rapport à l'intérêt qu'a le public à protéger le droit de ne pas s'incriminer, à protéger la vie privée d'une partie et à promouvoir l'efficacité de la procédure civile. L'important est de définir les valeurs opposées et d'en soupeser une par rapport aux autres, au lieu d'ériger l'« injustice [à l'égard de] la partie interrogée » en barrière absolue. Le préjudice — qui peut constituer une injustice — causé à une partie peut, dans des cas exceptionnels, être considéré comme justifié par un intérêt public supérieur, comme dans l'arrêt *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, précédent invoqué devant les instances inférieures et analysé ci-après, où les confidences de l'accusé protégées par le privilège du secret professionnel de l'avocat avaient été transmises à la police. Bien entendu, tout préjudice perçu à l'égard de la personne interrogée joue toujours un grand rôle dans cette pondération. On peut arguer que la divulgation à la police des horribles secrets du psychopathe dont il est question dans *Smith c. Jones* a pu être préjudiciable à celui-ci, mais qu'il ne s'agissait pas d'une « injustice » dans le contexte général des choses; toutefois, un tel argument n'est pas très rassurant pour l'accusé qui a fait ses révélations en s'attendant à ce que la confidentialité soit respectée. Si la sécurité publique prime le privilège du secret professionnel de l'avocat malgré une certaine injustice à l'égard de l'accusé (antipathique) dans *Smith c. Jones*, on peut difficilement nier qu'au Canada la règle de l'engagement implicite cède aussi le pas à un tel intérêt public supérieur.

[34] Trois provinces canadiennes ont adopté des règles qui régissent les cas où il convient de relever une partie de l'engagement implicite ou « présumé » (voir les *Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88, règle 30.1 (Manitoba), les *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 30.1 (Ontario), et les *Rules of Civil Procedure*, règle 30.1 (Île-du-Prince-Édouard)). Je crois que le critère qui y est formulé (en termes identiques) reflète bien la règle plus générale de common law :

If satisfied that the interest of justice outweighs any prejudice that would result to a party who disclosed evidence, the court may order that [the implied or "deemed" undertaking] does not apply to the evidence or to information obtained from it, and may impose such terms and give such directions as are just.

[35] The case law provides some guidance to the exercise of the court's discretion. For example, where discovery material in one action is sought to be used in another action with the same or similar parties and the same or similar issues, the prejudice to the examinee is virtually non-existent and leave will generally be granted. See *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 50 O.R. (2d) 260 (H.C.J.), at pp. 265-66; *Crest Homes*, at p. 1083; *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323 (C.A.); *Harris v. Sweet*, [2005] B.C.J. No. 1520 (QL), 2005 BCSC 998; *Scuzzy Creek Hydro & Power Inc. v. Tercon Contractors Ltd.* (1998), 27 C.P.C. (4th) 252 (B.C.S.C.).

[36] On the other hand, courts have generally not favoured attempts to use the discovered material for an extraneous purpose, or for an action wholly unrelated to the purposes of the proceeding in which discovery was obtained in the absence of some compelling public interest. See, e.g., *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 49 (F.C.T.D.), at p. 51. In *Livent Inc. v. Drabinsky* (2001), 53 O.R. (3d) 126 (S.C.J.), the court held that a non-party to the implied undertaking could in unusual circumstances apply to have the undertaking varied, but that relief in such cases would virtually never be given (p. 130).

[37] Some applications have been refused on the basis that they demonstrate precisely the sort of mischief the implied undertaking rule was designed to avoid. In *755568 Ontario*, for example, the plaintiff sought leave to send the defendant's discovery transcripts to the police. The court concluded that the plaintiff's strategy was to enlist the aid of the police to discover further evidence in support of

S'il est convaincu que l'intérêt de la justice l'emporte sur tout préjudice que pourrait encourir une partie qui a divulgué des éléments de preuve, le tribunal peut ordonner que [l'engagement implicite ou « présumé »] ne s'applique pas aux éléments de preuve ou aux renseignements tirés de ceux-ci, et imposer les conditions et donner les directives qu'il estime justes.

[35] La jurisprudence nous éclaire sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Par exemple, lorsque l'on cherche à utiliser, dans une seconde action, les renseignements dévoilés au cours de l'interrogatoire préalable tenu dans le cadre de la première action avec les mêmes parties ou des parties semblables et les mêmes questions en litige ou des questions semblables, le préjudice causé à la personne interrogée est quasi inexistant et l'autorisation sera généralement accordée : *Lac Minerals Ltd. c. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 50 O.R. (2d) 260 (H.C.J.), p. 265-266; *Crest Homes*, p. 1083; *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. c. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323 (C.A.); *Harris c. Sweet*, [2005] B.C.J. No. 1520 (QL), 2005 BCSC 998; *Scuzzy Creek Hydro & Power Inc. c. Tercon Contractors Ltd.* (1998), 27 C.P.C. (4th) 252 (B.C.S.C.).

[36] En revanche, les tribunaux n'ont généralement pas favorisé les tentatives d'utiliser à d'autres fins ou pour une action tout à fait étrangère à l'instance la preuve recueillie au cours de l'interrogatoire préalable, en l'absence d'intérêt public impératif. Voir, p. ex., *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 49 (C.F. 1re inst.), p. 51. Dans *Livent Inc. c. Drabinsky* (2001), 53 O.R. (3d) 126 (C.S.J.), la cour a conclu qu'une personne non partie à l'engagement implicite pourrait, dans des circonstances particulières, en demander la modification, mais que cette demande en pareils cas ne serait presque jamais accordée (p. 130).

[37] Certaines demandes ont été rejetées au motif qu'elles représentaient exactement le genre de méfait que la règle de l'engagement implicite visait à éviter. Dans *755568 Ontario*, par exemple, le demandeur sollicitait l'autorisation d'envoyer les transcriptions de l'interrogatoire préalable du défendeur à la police. La cour a conclu que la stratégie du demandeur consistait à obtenir l'aide de la

the plaintiff's claim and/or to pressure the defendant to settle (p. 655).

(i) The Balancing of Interests

[38] As stated, the onus in each case will be on the applicant to demonstrate a superior public interest in disclosure, and the court will be mindful that an undertaking should only be set aside in exceptional circumstances. In what follows I do not mean to suggest that the categories of superior public interest are fixed. My purpose is illustrative rather than exhaustive. However, to repeat, an undertaking designed in part to encourage open and generous discovery by assuring parties being discovered of confidentiality will not achieve its objective if the confidentiality is seen by reluctant litigants to be too readily set aside.

(ii) Statutory Exceptions

[39] The implied undertaking rule at common law, and in those jurisdictions which have enacted rules, more or less codifying the common law, is subject to legislative override. In the present case for example, the Attorney General of British Columbia and the Vancouver Police rely on s. 14 of the *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, which provides that:

(1) A person who has reason to believe that a child needs protection under section 13 must promptly report the matter to a director or a person designated by a director.

(2) Subsection (1) applies even if the information on which the belief is based

(a) is privileged, except as a result of a solicitor-client relationship, or

(b) is confidential and its disclosure is prohibited under another Act.

It is apparent from the extensive police investigation to date and the appearance of the Attorneys General and the Vancouver Police in these proceedings that a report was made to the authorities. We do

police pour découvrir d'autres éléments de preuve susceptibles d'appuyer ses prétentions ou de forcer le défendeur à conclure un règlement (p. 655).

(i) La pondération des intérêts

[38] Comme nous l'avons dit, dans chaque cas, il incombera au demandeur de démontrer qu'un intérêt public supérieur justifie la divulgation et la cour sera consciente qu'un engagement ne peut être levé que dans des circonstances exceptionnelles. Dans l'analyse qui suit, je ne veux pas dire par là que les catégories d'intérêt public supérieur sont figées. Mon but est de brosser un tableau illustratif et non exhaustif. Toutefois, je le répète, un engagement visant notamment à encourager une communication préalable franche et généreuse en garantissant la confidentialité aux parties interrogées ne pourra atteindre son objectif si les parties réticentes voient qu'on écarte trop facilement cette confidentialité.

(ii) Exceptions légales

[39] En common law et dans les territoires qui ont adopté des règles codifiant plus ou moins la common law, la règle de l'engagement implicite est assujettie à la dérogation législative. En l'espèce, par exemple, le procureur général de la Colombie-Britannique et la police de Vancouver ont invoqué l'art. 14 de la *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, qui prévoit :

[TRADUCTION]

(1) La personne qui a des motifs de croire qu'un enfant a besoin de protection en vertu de l'article 13 doit renvoyer l'affaire sans tarder à un directeur ou une personne désignée par un directeur.

(2) Le paragraphe (1) s'applique même si les renseignements sur lesquels se fonde la croyance :

a) sont privilégiés, sauf ceux obtenus dans le cadre d'une relation avocat-client;

b) sont confidentiels et que leur divulgation est interdite par une autre loi.

Il ressort pour l'heure de la longue enquête policière et des déclarations des procureurs généraux et de la police de Vancouver en l'espèce qu'un rapport a été fait aux autorités. Nous ne connaissons pas les

not know the details. Undoubtedly, a report could have been made without reference to anything said or produced at discovery. At this point the matter has proceeded beyond a mere "report" and involves the collection of evidence. This will require, in the ordinary way laid down by Parliament in s. 487 of the *Criminal Code*, the application for a search warrant or a subpoena *duces tecum* at trial, if there is a trial.

(iii) Public Safety Concerns

[40] One important public interest flagged by the chambers judge was the "public safety" issue raised by way of analogy to *Smith v. Jones*, a case dealing with solicitor-client privilege. While solicitor-client privilege constitutes an interest higher than the privacy interest at issue here, the chambers judge used the case to illustrate the relevant balancing of interests. There, a psychiatrist was retained by defence counsel to prepare an assessment of the accused for purposes of the defence generally, including potential submissions on sentencing in the event of a conviction. During his interview with the psychiatrist, the accused described in considerable detail his plan to kidnap, rape and kill prostitutes. The psychiatrist concluded the accused was a dangerous individual who would, more likely than not, commit future offences unless he received immediate psychiatric treatment. The psychiatrist wished to take his concerns to the police and applied to the court for leave to do so notwithstanding that the psychiatrist's only access to the accused was under the umbrella of solicitor-client privilege. In such a case the accused/client would undoubtedly consider himself to be the victim of an injustice, but our Court held that the privilege yielded to "clear and imminent threat of serious bodily harm to an identifiable group . . . if this threat is made in such a manner that a sense of urgency is created" (para. 84). Further, in circumstances of "immediate and serious danger", the police may be contacted without leave of the court (paras. 96-97). If a comparable situation arose in the context of an implied undertaking, the proper procedure would be for the concerned party to make application to a chambers judge but if, as discussed in *Smith v. Jones* there existed a situation of "immediate and

détails. Il ne fait aucun doute qu'un rapport aurait pu être préparé sans égard à ce qui a été dit ou produit lors de l'enquête préalable. À ce stade, l'affaire repose sur plus qu'un simple « rapport » et suppose la collecte d'éléments de preuve. Il faudra présenter, selon la procédure habituelle établie par le législateur à l'art. 487 du *Code criminel*, une demande de mandat de perquisition, ou de subpœna *duces tecum* au procès, si un procès a lieu.

(iii) Sécurité publique

[40] Le juge en chambre a signalé un intérêt public important, soit la question de la « sécurité publique » soulevée par analogie avec l'affaire *Smith c. Jones*, portant sur le privilège du secret professionnel de l'avocat. Même si ce privilège constitue un intérêt supérieur au droit à la vie privée dont il est question en l'espèce, le juge en chambre a utilisé l'affaire pour illustrer la pondération appropriée des intérêts. Dans cette affaire, l'avocat de la défense avait retenu les services d'un psychiatre pour évaluer l'accusé afin de préparer la défense, y compris éventuellement les observations relatives à la peine dans l'hypothèse d'une déclaration de culpabilité. Durant son entrevue avec le psychiatre, l'accusé a décrit avec un luxe de détails le plan qu'il avait élaboré pour enlever, violer et tuer des prostituées. Le psychiatre a conclu que l'accusé était un individu dangereux qui commettrait probablement d'autres crimes s'il ne recevait pas un traitement psychiatrique immédiat. Il voulait faire part de ses inquiétudes à la police et il a demandé une autorisation en ce sens à la cour même si sa rencontre avec l'accusé s'était déroulée uniquement sous le sceau du privilège du secret professionnel de l'avocat. Dans un tel cas, l'accusé/le client se considérait sans nul doute comme la victime d'une injustice, mais la Cour a déclaré que le privilège cédait le pas devant une « menace claire et imminente de blessures graves dirigée contre un groupe identifiable [. . .] faite de manière à inspirer un sentiment d'urgence » (par. 84). De plus, en cas de « danger grave et immédiat », il est possible de communiquer avec la police sans autorisation du tribunal (par. 96-97). Si une situation comparable survenait dans le contexte d'un engagement implicite, la procédure à suivre consisterait pour la

serious danger", the applicant would be justified in going directly to the police, in my opinion, without a court order.

(iv) Impeaching Inconsistent Testimony

[41] Another situation where the deponent's privacy interest will yield to a higher public interest is where the deponent has given contradictory testimony about the same matters in successive or different proceedings. If the contradiction is discovered, the implied undertaking rule would afford no shield to its use for purposes of impeachment. In provinces where the implied undertaking rule has been codified, there is a specific provision that the undertaking "does not prohibit the use of evidence obtained in one proceeding, or information obtained from such evidence, to impeach the testimony of a witness in another proceeding": see Manitoba r. 30.1(6), Ontario r. 30.1.01(6), Prince Edward Island r. 30.1.01(6). While statutory, this provision, in my view, also reflects the general common law in Canada. An undertaking implied by the court (or imposed by the legislature) to make civil litigation more effective should not permit a witness to play games with the administration of justice: *R. v. Henry*, [2005] 3 S.C.R. 609, 2005 SCC 76. Any other outcome would allow a person accused of an offence "[w]ith impunity [to] tailor his evidence to suit his needs in each particular proceeding" (*R. v. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357 (Ont. S.C.J.), at paras. 49-51).

(v) The Suggested "Crimes" Exception

[42] As stated, Kirkpatrick J.A. concluded that "the undertaking in the action cannot form a shield from the detection and prosecution of crimes in

partie concernée à présenter une demande au juge en chambre. Toutefois, comme il est mentionné dans *Smith c. Jones*, en cas de « danger grave et immédiat », le demandeur serait fondé, à mon avis, à s'adresser directement à la police, sans ordonnance judiciaire.

(iv) Mise en cause de la crédibilité d'un témoignage contradictoire

[41] Une autre situation où le droit du déposant à sa vie privée cédera le pas devant un intérêt public supérieur est celle où le déposant a fourni un témoignage contradictoire sur les mêmes questions dans des instances successives ou différentes. Si l'on découvre la contradiction, la règle de l'engagement implicite ne pourrait en empêcher l'utilisation pour attaquer la crédibilité du déposant. Dans les provinces où l'on a codifié cette règle, il existe une disposition précise qui prévoit que l'engagement « n'a pas pour effet d'interdire l'utilisation d'éléments obtenus au cours d'une instance ou de renseignements tirés de ces éléments afin que soit attaquée la crédibilité d'une personne qui témoigne dans une autre instance » : voir la règle 30.1(6) des Règles du Manitoba et la règle 30.1.01(6) des Règles de l'Ontario et des Règles de l'Île-du-Prince-Édouard. À mon avis, cette disposition législative reflète aussi les principes généraux de common law au Canada. Un engagement implicitement reconnu par le tribunal (ou imposé par le législateur) dans le but de rendre un litige civil plus efficace ne doit pas permettre à un témoin de jouer au plus fin avec l'administration de la justice : *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609, 2005 CSC 76. Autrement, une personne accusée d'avoir commis une infraction pourrait [TRADUCTION] « [e]n toute impunité façonner sa preuve de manière à répondre à ses besoins dans chaque instance » (*R. c. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357 (C.S.J. Ont.), par. 49-51).

(v) L'exception « en cas de crimes » proposée

[42] Comme nous l'avons vu, la juge Kirkpatrick a conclu que [TRADUCTION] « l'engagement dans la présente action ne peut protéger contre la détection

which the public has an overriding interest" (para. 48). In her view,

> a party obtaining production of documents or transcriptions of oral examination of discovery is under a general obligation, in most cases, to keep such document confidential. A party seeking to use the discovery evidence other than in the proceedings in which it is produced must obtain the permission of the disclosing party or leave of the court. However, the obligation of confidentiality does not extend to *bona fide* disclosure of criminal conduct. On the other hand, non-*bona fide* disclosure of alleged criminal conduct would attract serious civil sanctions for contempt. [para. 56]

[43] The chambers judge put his finger on one of the serious difficulties with such an exception. He wrote:

> . . . considerations of practicality support keeping evidence of crimes within the scope of the undertaking. In this regard, it should be understood that evidence relating to a crime may vary from mere suspicion to blatant admissions, from peripheral clues to direct evidence, from minor offences to the most heinous. There are also many shades and variations in between these extremes. [para. 27]

This difficulty is compounded by the fact that parties to civil litigation are often quick to see the supposed criminality in what their opponents are up to, or at least to appreciate the tactical advantage that threats to go to the police might achieve, and to pose questions to the examinee to lay the basis for such an approach: see *755568 Ontario*, at p. 656. The rules of discovery were not intended to constitute litigants as private attorneys general.

[44] The chambers judge took the view that "leaving the discretionary power of exemption or variation with the courts is preferable to giving litigants the power to report to the police, without a court order, anything that might relate to a criminal offence" (para. 27). I agree. On such an application the court will be able to weigh against the examinee's privacy interest the seriousness of the offence alleged, the "evidence" or admissions said

du crime et la poursuite des criminels, domaines où l'intérêt du public est prédominant » (par. 48). À son avis,

> [TRADUCTION] la partie qui obtient la production de documents ou de transcriptions de l'interrogatoire préalable a l'obligation générale, dans la plupart des cas, d'en préserver la confidentialité. La partie qui cherche à utiliser la preuve recueillie lors de l'interrogatoire préalable dans une instance autre que celle durant laquelle elle a été présentée doit en obtenir l'autorisation de la partie qui a divulgué les renseignements ou du tribunal. Toutefois, l'obligation de confidentialité ne s'applique pas à la divulgation de bonne foi d'un comportement criminel et la divulgation de mauvaise foi d'un comportement criminel présumé entraînerait des sanctions sévères pour outrage. [par. 56]

[43] Le juge en chambre a relevé une des difficultés majeures liées à cette exception :

> [TRADUCTION] . . . des considérations d'ordre pratique justifient l'application de l'engagement à la preuve de crimes. À ce sujet, il faut bien comprendre que la preuve afférente à un crime peut aller du simple soupçon à l'aveu flagrant, de l'indice secondaire à la preuve directe ou de l'infraction mineure à la plus odieuse. Il y a également plusieurs nuances et variantes entre ces extrêmes. [par. 27]

Cette difficulté est accrue du fait que les parties à un litige civil sont souvent promptes à voir la criminalité présumée dans ce que fait la partie adverse, ou du moins à comprendre que la menace de faire appel à la police peut leur donner un avantage tactique, et à poser à la personne interrogée les questions qui serviront de fondement à l'exception : voir *755568 Ontario*, p. 656. Les règles régissant l'enquête préalable ne visaient pas à transformer les parties au litige en procureurs généraux privés.

[44] Le juge en chambre a estimé [TRADUCTION] « qu'il vaut mieux laisser aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de relever une partie de l'engagement ou de modifier cet engagement plutôt que de donner aux parties le pouvoir de communiquer à la police, sans ordonnance judiciaire, tout renseignement susceptible de se rapporter à un crime » (par. 27). Je suis d'accord. Saisi d'une telle demande, le tribunal sera en mesure, au regard du droit de

to be revealed in the discovery process, the use to which the applicant or police may put this material, whether there is evidence of malice or spite on the part of the applicant, and such other factors as appear to the court to be relevant to the exercise of its discretion. This will include recognition of the potential adverse effects if the protection of the implied undertaking is seen to be diluted or diminished.

la personne interrogée à sa vie privée, d'apprécier la gravité de l'infraction présumée, la « preuve » que constituent les aveux supposément faits lors de l'enquête préalable, l'utilisation que peut en faire le demandeur ou la police, la preuve de malveillance ou de vengeance de la part du demandeur, et d'autres facteurs que le tribunal estimera pertinents dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cette analyse englobe l'identification des effets préjudiciables potentiels dans le cas où la protection de l'engagement implicite est perçue comme étant atténuée ou diminuée.

[45] Kirkpatrick J.A. noted that in some circumstances

[45] La juge Kirkpatrick a fait remarquer que dans certaines circonstances

> neither party has an interest in or is willing to seek court ordered relief from the disclosure of information under the undertaking or otherwise. Nor does it [the chambers judge's approach] contemplate non-exigent circumstances of disclosed criminal conduct. It is easy to imagine a situation in which criminal conduct is disclosed in the discovery process, but no one apprehends that immediate harm is likely to result. [para. 55]

> [TRADUCTION] aucune des parties n'a intérêt ou n'est disposée à demander une exemption judiciaire eu égard à la divulgation de renseignements protégés par l'engagement ou autrement. Elle [l'approche du juge en chambre] ne prévoit pas non plus l'absence d'urgence à divulguer le comportement criminel. Il est facile d'imaginer une situation où un comportement criminel est divulgué lors de l'enquête préalable sans que personne ne craigne le préjudice immédiat qui risque d'en résulter. [par. 55]

This is true, but it presupposes that the police are entitled to be handed a transcript of statutorily compelled answers which they themselves have no authority to compel, thereby using the civil discovery process to obtain indirectly what the police have no right to obtain directly. Such a rule, if accepted, would undermine the freedom of a suspect to cooperate or refuse to cooperate with the police, which is an important element of our criminal law.

C'est vrai, mais cela présuppose que la police peut se voir remettre une transcription des réponses requises par la loi qu'elle-même n'a pas le droit d'exiger, utilisant ainsi la procédure civile de communication préalable pour obtenir indirectement ce qu'elle ne peut obtenir directement. Une telle règle, si elle était acceptée, porterait atteinte à la liberté du suspect de collaborer ou de refuser de collaborer avec la police, ce qui est un élément important de notre droit criminel.

[46] In reaching her decision, Kirkpatrick J.A. relied on *dicta* of the House of Lords in *Rank Film Distributors Ltd. v. Video Information Centre*, [1982] A.C. 380. Lord Fraser said:

[46] Pour rendre sa décision, la juge Kirkpatrick s'est fondée sur les opinions incidentes de la Chambre des lords dans *Rank Film Distributors Ltd. c. Video Information Centre*, [1982] A.C. 380. Lord Fraser a déclaré :

> If a defendant's answers to interrogatories tend to show that he has been guilty of a serious offence I cannot think that there would be anything improper in his opponent reporting the matter to the criminal authorities with a view to prosecution, certainly if he had first obtained leave from the court which ordered the interrogatories, and probably without such leave. [p. 447]

> [TRADUCTION] Si les réponses d'un défendeur pendant les interrogatoires tendent à démontrer qu'il s'est rendu coupable d'un crime grave, je ne pense pas qu'il serait irrégulier que la partie adverse signale l'affaire aux autorités aux fins de poursuite, surtout si elle avait d'abord obtenu l'autorisation du tribunal qui a ordonné les interrogatoires, et probablement même sans une telle autorisation. [p. 447]

These observations, however, must be read in light of the fact that in England, unlike British Columbia, there existed at the time (since amended) "a privilege against compulsory self-incrimination by discovery or by answering interrogatories" (p. 446). There was thus absent from the English procedure the very foundation of the appellant's case, namely that she had *no* right to refuse to answer questions on discovery that might incriminate her, because she was obliged by statute to give the truth, the whole truth and nothing but the truth.

Il faut toutefois lire ces observations en tenant compte du fait qu'en Angleterre, contrairement à la Colombie-Britannique, il existait alors un privilège (modifié depuis) [TRADUCTION] « contre l'auto-incrimination forcée par voie d'interrogatoire préalable ou de réponses aux interrogatoires » (p. 446). Le fondement même de la cause de l'appelante n'existait donc pas dans la procédure anglaise, à savoir qu'elle n'avait *aucun* droit de refuser, lors de l'interrogatoire préalable, de répondre aux questions susceptibles de l'incriminer, car elle était tenue de par la loi de dire la vérité, toute la vérité et rien que la vérité.

[47] It is true that solicitor-client privilege includes a "crimes" exception , but here again there is no proper analogy to an implied undertaking. In *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, Dickson J. observed:

[47] Il est vrai que le privilège du secret professionnel de l'avocat englobe l'exception « en cas de crimes », mais, là encore, il n'y a pas d'analogie possible avec l'engagement implicite. Dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, le juge Dickson a fait remarquer :

> . . . if a client seeks guidance from a lawyer in order to facilitate the commission of a crime or a fraud, the communication will not be privileged and it is immaterial whether the lawyer is an unwitting dupe or knowing participant. [p. 835]

> . . . si un client consulte un avocat pour pouvoir perpétrer plus facilement un crime ou une fraude, alors la communication n'est pas privilégiée et il importe peu que l'avocat soit une dupe ou un participant. [p. 835]

See also *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565. Abuse of solicitor-client privilege to facilitate criminality is contrary to its purpose. Adoption of the implied undertaking to facilitate full disclosure on discovery *even by crooks* is of the very essence of its purpose. In England, the weight of authority now seems to favour requiring leave of the court where the protected material relates to alleged criminality. See *Attorney-General for Gibraltar v. May*, [1999] 1 W.L.R. 998 (C.A.), at pp. 1007-8; *Bank of Crete S.A. v. Koskotas (No. 2)*, [1992] 1 W.L.R. 919 (Ch. D.), at p. 922; *Sybron Corp. v. Barclays Bank Plc.*, [1985] 1 Ch. 299, at p. 326. The same practice prevails in Australia: *Bailey v. Australian Broadcasting Corp.*, [1995] 1 Qd. R. 476 (S.C.); *Commonwealth v. Temwood Holdings Pty Ltd.* (2001), 25 W.A.R. 31, [2001] WASC 282.

Voir aussi *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565. L'abus du privilège du secret professionnel de l'avocat dans le but de faciliter la commission d'un acte criminel va à l'encontre de son objet. L'adoption de l'engagement implicite dans le but de faciliter la divulgation complète lors de l'interrogatoire préalable *même de la part d'escrocs* constitue l'essence même de son objet. En Angleterre, la jurisprudence semble maintenant exiger l'obtention d'une autorisation du tribunal lorsque les documents protégés se rapportent à un acte criminel présumé. Voir *Attorney-General for Gibraltar c. May*, [1999] 1 W.L.R. 998 (C.A.), p. 1007-1008; *Bank of Crete S.A. c. Koskotas (No. 2)*, [1992] 1 W.L.R. 919 (Ch. D.), p. 922; *Sybron Corp. c. Barclays Bank Plc.*, [1985] 1 Ch. 299, p. 326. Il en va de même en Australie : *Bailey c. Australian Broadcasting Corp.*, [1995] 1 Qd. R. 476 (S.C.); *Commonwealth c. Temwood Holdings Pty Ltd.* (2001), 25 W.A.R. 31, [2001] WASC 282.

[48] In reaching her conclusion, Kirkpatrick J.A. rejected the view expressed in *755568 Ontario*

[48] Pour arriver à sa conclusion, la juge Kirkpatrick a rejeté l'opinion exprimée dans

and *Perrin v. Beninger*, [2004] O.J. No. 2353 (QL) (S.C.J.), that the public interest in investigating possible crimes is *not* in all cases sufficient to relieve against the undertaking. It is inherent in any balancing exercise that one interest will not always and in every circumstance prevail over other interests. It will depend on the facts. In *Tyler v. M.N.R.*, [1991] 2 F.C. 68 (C.A.), in a somewhat analogous situation of statutory compulsion, the appellant was charged with narcotics offences. Revenue Canada, on reading about the charges in a newspaper, began to investigate the possibility that the appellant had not reported all of his income in earlier years. The Minister invoked his statutory powers to compel information from the appellant, who sought to prevent the Minister from communicating any information thereby obtained to the RCMP. Stone J.A., speaking for a unanimous Federal Court of Appeal, agreed that the Minister should be permitted to continue using his compulsory audit for *Income Tax Act* purposes but prohibited the Minister from sharing the information compulsorily obtained from the appellant with the RCMP. Stone J.A. was of the view that the prosecution of crime did not necessarily trump a citizen's privacy interest in the disclosure of statutorily compelled information and I agree with him.

[49] The B.C. Court of Appeal qualified its "crimes" exception by the requirement that the communication to the police be made in good faith. Aside from the difficulties in applying such a requirement, as previously mentioned, I do not see how a "good faith" requirement is consistent with the court's rationale for granting relief against the undertaking. If, as the hypothesis requires, it is determined in a particular case that the public interest in investigating a crime and bringing the perpetrators to justice is paramount to the examinee's privacy interest, the good faith of the communication should no more be an issue here than in the case of any other informant. Informants are valued for what they can tell not for their worthy motives.

755568 Ontario et *Perrin c. Beninger*, [2004] O.J. No. 2353 (QL) (C.S.J.), selon laquelle l'intérêt du public à ce que des crimes possibles fassent l'objet d'une enquête *ne* suffit *pas* toujours pour justifier l'exception à l'engagement. Il est inhérent à l'exercice de pondération qu'un intérêt ne prime pas toujours les autres. Tout dépend des faits. Dans *Tyler c. M.R.N.*, [1991] 2 C.F. 68 (C.A.), dans une situation assez semblable d'obligation légale, l'appelant était accusé d'infractions en matière de stupéfiants. Revenu Canada, après avoir pris connaissance des accusations dans un journal, a ouvert une enquête pour déterminer si l'appelant n'avait pas déclaré l'intégralité de son revenu les années précédentes. Le ministre s'est appuyé sur les pouvoirs que lui confère la loi pour obliger l'appelant à lui fournir des renseignements, et celui-ci a cherché à empêcher le ministre de communiquer à la GRC tout renseignement ainsi obtenu. Le juge Stone, au nom de la Cour d'appel fédérale à l'unanimité, a convenu qu'il fallait permettre au ministre de poursuivre sa vérification obligatoire pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais il lui a interdit de communiquer à la GRC les renseignements obtenus contre le gré de l'appelant. Il estime que, dans le cadre de la divulgation de renseignements exigés par la loi, la lutte contre le crime n'éclipse pas nécessairement le droit d'un citoyen à sa vie privée. Je partage son avis.

[49] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a restreint la portée de l'exception « en cas de crimes » en exigeant que la communication à la police soit faite de bonne foi. À part les difficultés que suscite l'application d'une telle exigence, comme nous l'avons mentionné, je ne vois pas comment exiger la « bonne foi » est compatible avec le raisonnement qui doit fonder une exemption judiciaire. Si, comme le veut l'hypothèse, il est établi dans une affaire donnée que l'intérêt du public à ce qu'un crime fasse l'objet d'une enquête et à ce que les auteurs soient traduits en justice prévaut sur le droit de la personne interrogée à sa vie privée, on ne devrait pas tenir compte de la bonne foi de la communication, pas plus que dans le cas de tout autre dénonciateur. Les dénonciateurs sont appréciés pour ce qu'ils savent et non pour la pureté de leurs motifs.

[50] Finally, Kirkpatrick J.A. feared that

> if an application to court is required before a party may disclose the alleged conduct, the perpetrator of the crime may be notified of the disclosure and afforded the opportunity to destroy or hide evidence or otherwise conceal his or her involvement in the alleged crime. [para. 55]

This concern is largely remedied by permitting the party wishing to be relieved of the obligation of confidentiality to apply to the court *ex parte*. It would be up to the chambers judge to determine whether the circumstances justify proceeding *ex parte*, or whether the deponent and other parties to the proceeding should be notified of the application.

F. *Continuing Nature of the Implied Undertaking*

[51] As mentioned earlier, the lawsuit against the appellant and others was settled in 2006. As a result the appellant was not required to give evidence at a civil trial; nor were her examination for discovery transcripts ever read into evidence. The transcripts remain in the hands of the parties and their lawyer. Nevertheless, the implied undertaking continues. The fact that the settlement has rendered the discovery moot does not mean the appellant's privacy interest is also moot. The undertaking continues to bind. When an adverse party incorporates the answers or documents obtained on discovery as part of the court record at trial the undertaking is spent, but not otherwise, except by consent or court order. See *Lac d'Amiante*, at paras. 70 and 76; *Shaw Estate v. Oldroyd*, at paras. 20-22. It follows that decisions to the contrary, such as the decision of the House of Lords in *Home Office v. Harman* (where a narrow majority held that the implied undertaking not to disclose documents obtained on discovery continued even after the documents in question had been read aloud in open court), should not be followed in this country. The effect of the *Harman* decision has been reversed by a rule change in its country of origin.

[50] Enfin, la juge Kirkpatrick craignait que

> [TRADUCTION] s'il est nécessaire de présenter une demande au tribunal pour qu'une partie puisse divulguer le comportement présumé, l'auteur du crime pourra être ainsi avisé de la divulgation et avoir l'occasion de détruire ou de cacher des éléments de preuve ou de dissimuler autrement sa participation au crime reproché. [par. 55]

Cette crainte est largement atténuée si l'on permet à la partie désirant être libérée de l'obligation de confidentialité de s'adresser au tribunal *ex parte*. Il appartiendrait alors au juge en chambre de déterminer si les circonstances justifient une instance *ex parte*, ou si le déposant et les autres parties à l'instance devraient être avisés de la demande.

F. *La continuité de l'engagement implicite*

[51] Comme nous l'avons vu, la poursuite contre l'appelante et les autres parties au litige a fait l'objet d'un règlement en 2006. L'appelante n'était donc plus tenue de témoigner à un procès civil et les transcriptions de son interrogatoire préalable n'ont jamais été présentées en preuve. Les transcriptions restent en la possession des parties et de leur avocat. Néanmoins, l'engagement implicite demeure. Le fait que le règlement a rendu l'interrogatoire préalable théorique ne signifie pas que le droit de l'appelante à sa vie privée est également privé d'objet. L'engagement est toujours obligatoire. Lorsqu'une partie adverse verse les réponses ou documents obtenus pendant l'interrogatoire préalable en preuve au procès, l'engagement ne s'applique plus, mais seulement dans ce cas, si ce n'est avec le consentement de la personne interrogée ou par suite d'une ordonnance judiciaire. Voir *Lac d'Amiante*, par. 70 et 76; *Shaw Estate c. Oldroyd*, par. 20-22. Par conséquent, les tribunaux canadiens ne devraient pas appliquer les décisions contraires, telles que la décision de la Chambre des lords *Home Office c. Harman*, où une faible majorité a conclu que l'engagement implicite de ne pas divulguer des documents obtenus pendant l'enquête préalable demeure même après la lecture à haute voix de ces documents à l'audience. L'effet de la décision dans *Harman* a été neutralisé par une modification de la règle dans son pays d'origine.

G. *Who Is Entitled to Notice of an Application to Modify or Vary the Implied Undertaking?*

[52] While the issue of notice will be for the chambers judge to decide on the facts of any particular case, I do not think that in general the police are entitled to notice of such an application. Nor are the media. The only parties with a direct interest, other than the applicant, are the deponent and the other parties to the litigation.

H. *Application to Modify or Vary an Implied Undertaking by Strangers to It*

[53] I would not preclude an application to vary an undertaking by a non-party on the basis of standing, although I agree with *Livent Inc. v. Drabinsky* that success on such an application would be unusual. What has already been said provides some illustrations of potential third party applicants. In this case the Attorney General of British Columbia, supported by the Vancouver Police, demonstrated a sufficient interest in the appellant's transcripts to be given standing to apply. Their objective was to obtain evidence that would help explain the events under investigation, and possibly to incriminate the appellant. I think it would be quite wrong for the police to be able to take advantage of statutorily compelled testimony in civil litigation to undermine the appellant's right to silence and the protection against self-incrimination afforded her by the criminal law. Accordingly, in my view, the present application was rightly dismissed by the chambers judge. On the other hand, a non-party engaged in *other* litigation with an examinee, who learns of potentially contradicting testimony by the examinee in a discovery to which that other person is not a party, would have standing to seek to obtain a modification of the implied undertaking and for the reasons given above may well succeed. Of course if the undertaking is respected by the parties to it, then non-parties will be unlikely to possess enough information to make an application for a variance in the first place that is other than a fishing expedition. But the possibility of third party applications exists, and where duly made the competing interests will have to be weighed, keeping in mind that an undertaking too readily set aside sends the

G. *Qui a le droit d'être avisé de la demande de modification de l'engagement implicite?*

[52] Même s'il appartient au juge en chambre de trancher la question de l'avis compte tenu des faits de l'espèce, je ne pense pas que la police ait généralement le droit d'être avisée d'une telle demande, pas plus que les médias. Les seules parties ayant un intérêt direct, autre que le demandeur, sont le déposant et les autres parties au litige.

H. *Demande de modification d'un engagement implicite présentée par un tiers*

[53] Je n'écarterais pas, pour absence de qualité pour agir, la demande de modification d'un engagement que présenterait un tiers, mais je conviens avec *Livent Inc. c. Drabinsky* que généralement une telle demande ne serait pas accordée. Ce qui a déjà été dit donne quelques exemples des éventuels demandeurs non parties à l'instance. En l'espèce, le procureur général de la Colombie-Britannique, appuyé par la police de Vancouver, a démontré un intérêt suffisant à l'égard des transcriptions des déclarations de l'appelante pour avoir qualité pour présenter une demande. Leur objectif était d'obtenir des éléments de preuve permettant d'expliquer les événements visés par l'enquête et peut-être d'incriminer l'appelante. Il serait vraiment injustifié, à mon sens, que la police puisse profiter d'un témoignage exigé par la loi en matière civile pour compromettre le droit de l'appelante de garder le silence et son droit à la protection contre l'auto-incrimination qui lui sont reconnus en droit criminel. Par conséquent, c'est à juste titre, à mon avis, que le juge en chambre a rejeté l'actuelle demande. Par ailleurs, un tiers qui est partie à un *autre* litige avec la personne interrogée et qui apprend le témoignage potentiellement contradictoire qu'elle a donné lors d'un interrogatoire préalable auquel il n'est pas partie aurait qualité pour demander une modification de l'engagement implicite et pourrait bien obtenir gain de cause pour les raisons déjà indiquées. Évidemment, si les parties à l'engagement en respectent les conditions, les tiers ne posséderont vraisemblablement pas suffisamment d'information de toute façon, à part celle obtenue par recherche aléatoire, pour demander

message that such undertakings are unsafe to be relied upon, and will therefore not achieve their broader purpose.

I. *Use Immunity*

[54] Reference was earlier made to the fact that at her discovery the appellant claimed the benefit of s. 5 of the *Canada Evidence Act* which eliminates the right formerly enjoyed by a witness to refuse to answer "any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person" (s. 5(1)). Answers given under objection, however, "shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury" (s. 5(2)). Similar protection is provided under s. 4 of the British Columbia *Evidence Act*. Section 13 of the *Charter* applies without need of objection. Derivative use immunity is a question for the criminal court at any trial that may be held: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at paras. 191-92 and 204. The appellant's statutory or *Charter* rights are not in peril in the present appeal and her claims to *Charter* relief at this stage were properly dismissed.

J. *Implied Undertaking Is No Bar to Persons Not a Party to It*

[55] None of the parties to the original civil litigation applied to vary the undertaking. Neither the Attorneys General nor the police are parties to the implied undertaking and they are not bound by its terms. If the police, as strangers to the undertaking, have grounds, they can apply for a search warrant under s. 487 of the *Criminal Code* in the ordinary way.

une modification. Mais il reste possible que des tiers fassent une demande. Si elle est présentée en bonne et due forme, il faudra soupeser les intérêts opposés, en tenant compte du fait qu'un engagement écarté trop facilement donne l'impression qu'il est risqué de s'y fonder et ne permettra pas de réaliser son vaste objectif.

I. *Immunité contre l'utilisation de la preuve*

[54] Nous avons mentionné précédemment le fait que l'appelante, lors de son interrogatoire préalable, a invoqué la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui écarte le droit dont jouissait auparavant un témoin de refuser de répondre « à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit » (par. 5(1)). Toutefois, la réponse que donne un témoin malgré son objection « ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure » (par. 5(2)). Une protection semblable est prévue à l'art. 4 de la *Evidence Act* de la Colombie-Britannique. L'article 13 de la *Charte* s'applique sans qu'il soit nécessaire de soulever une objection. L'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée est une question pouvant être soulevée dans tout procès devant un tribunal criminel : *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, par. 191, 192 et 204. Les droits de l'appelante prévus par la loi ou garantis par la *Charte* ne sont pas menacés dans le présent pourvoi et à ce stade, ses demandes fondées sur la *Charte* ont été rejetées à bon droit.

J. *L'engagement implicite ne s'applique pas aux tiers*

[55] Aucune des parties à l'instance civile initiale n'a demandé une modification de l'engagement. Les procureurs généraux et la police ne sont pas parties à l'engagement implicite et ils ne sont pas soumis à ses conditions. Si la police, à titre de tiers, a des motifs, elle peut demander, par voie habituelle, un mandat de perquisition en vertu de l'art. 487 du *Code criminel*.

[56] The appellant's discovery transcript and documents, while protected by an implied undertaking of the parties to the court, are not themselves privileged, and are not exempt from seizure: *R. v. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 189 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.), at para. 35. A search warrant, where available, only gives the police access to the material. It does not authorize its use of the material in any proceedings that may be initiated.

[57] If criminal charges are brought, the prosecution may also compel a witness to produce a copy of the documents or transcripts in question from his or her possession by a subpoena *duces tecum*. The trial judge would then determine what, if any, use could be made of the material, having regard to the appellant's *Charter* rights and any other relevant considerations. None of these issues arise for decision on the present appeal.

K. *Disposition of the Present Appeal*

[58] As stated, none of the parties bound by the implied undertaking made application to the court to be relieved from its obligations. The application is made solely by the Attorney General of British Columbia to permit

> any person in lawful possession of the transcript to provide a copy to the police or to the Attorney-General to assist in the investigation and/or prosecution of any criminal offence which may have occurred. [B.C.S.C., at para. 6]

While I would not deny the Attorney General standing to seek to vary an implied undertaking to which he is not a party, I agree with the chambers judge that his application should be rejected on the facts of this case. The purpose of the application was to sidestep the appellant's silence in the face of police investigation of her conduct. The authorities should not be able to obtain indirectly a transcript which they are unable to obtain directly through a search warrant in the ordinary way because they lack the grounds to justify it.

[56] La transcription de l'interrogatoire préalable de l'appelante et les documents obtenus pendant l'interrogatoire sont protégés par un engagement implicite des parties envers la cour, mais ils ne sont pas eux-mêmes privilégiés ni insaisissables : *R. c. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 189 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.), par. 35. Un mandat de perquisition de la police, s'il est disponible, ne fait que donner accès aux documents. Il n'en autorise pas l'utilisation dans toute instance susceptible d'être introduite.

[57] Si des accusations criminelles sont portées, le ministère public peut aussi, par voie de subpœna *duces tecum*, obliger un témoin à produire une copie des documents ou des transcriptions qu'il a en sa possession. Le juge du procès déciderait ensuite quel usage, si usage il y a, en serait fait compte tenu des droits de l'appelante garantis par la *Charte* et de toute autre considération pertinente. Aucune de ces questions n'est soulevée en l'espèce.

K. *Décision*

[58] Comme nous l'avons vu, aucune des parties soumise à l'engagement implicite n'a demandé à la cour d'être libérée de ses obligations. La demande est présentée uniquement par le procureur général de la Colombie-Britannique et vise à permettre à

> [TRADUCTION] toute personne en possession légitime de la transcription d'en transmettre une copie à la police ou au procureur général pour aider au déroulement de l'enquête et/ou à la poursuite de toute infraction criminelle susceptible d'avoir été commise. [C.S.C.-B., par. 6]

Je ne contesterais pas au procureur général la qualité requise pour demander la modification d'un engagement implicite auquel il n'est pas partie, mais je conviens avec le juge en chambre que sa demande doit être rejetée compte tenu des faits de l'espèce. Le but de la demande est de contourner le droit de l'appelante de garder le silence lors de l'enquête policière sur sa conduite. Les autorités ne devraient pas pouvoir se procurer indirectement une transcription qu'elles ne peuvent obtenir directement au moyen d'un mandat de perquisition habituel faute de motifs suffisants.

IV. Disposition

[59] I would allow the appeal with costs to the appellant both here and in the courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Chief Constable of the Vancouver Police Department: City of Vancouver, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

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

IV. Décision

[59] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens en faveur de l'appelante devant la Cour et les instances inférieures.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Miller Thomson, Vancouver.

Procureur de l'intimé le chef du service de police de Vancouver : Ville de Vancouver, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

David Dunsmuir *Appellant*

v.

Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick as represented by Board of Management *Respondent*

INDEXED AS: DUNSMUIR v. NEW BRUNSWICK

Neutral citation: 2008 SCC 9.

File No.: 31459.

2007: May 15; 2008: March 7.

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

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Proper approach to judicial review of administrative decision makers — Whether judicial review should include only two standards: correctness and reasonableness.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Employee holding office "at pleasure" in provincial civil service dismissed without alleged cause with four months' pay in lieu of notice — Adjudicator interpreting enabling statute as conferring jurisdiction to determine whether discharge was in fact for cause — Adjudicator holding employer breached duty of procedural fairness and ordering reinstatement — Whether standard of reasonableness applicable to adjudicator's decision on statutory interpretation issue — Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 97(2.1), 100.1(5) — Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, s. 20.

Administrative law — Natural justice — Procedural fairness — Dismissal of public office holders — Employee holding office "at pleasure" in provincial civil service dismissed without alleged cause with four months' pay in lieu of notice — Employee not informed of reasons for termination or provided with opportunity to respond — Whether employee entitled to procedural fairness — Proper approach to dismissal of public employees.

David Dunsmuir *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le Conseil de gestion *Intimée*

RÉPERTORIÉ : DUNSMUIR c. NOUVEAU-BRUNSWICK

Référence neutre : 2008 CSC 9.

N° du greffe : 31459.

2007 : 15 mai; 2008 : 7 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 NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Démarche appropriée pour le contrôle judiciaire d'une décision administrative — Le contrôle judiciaire devrait-il s'effectuer au regard de deux normes seulement : celle de la décision correcte et celle de la raisonnabilité?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Fonctionnaire provincial amovible congédié sans motif avec indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis — Arbitre concluant que sa loi habilitante l'autorisait à déterminer si le congédiement constituait en fait un congédiement pour motif — Arbitre statuant que l'employeur avait manqué à son obligation d'équité procédurale et ordonnant la réintégration de l'employé — La norme de la décision raisonnable s'appliquait-elle à l'interprétation de la loi par l'arbitre? — Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 97(2.1), 100.1(5) — Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, l'art. 20.

Droit administratif — Justice naturelle — Équité procédurale — Congédiement d'un titulaire de charge publique nommé à titre amovible — Congédiement sans motif avec indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis — Employeur n'ayant pas précisé les motifs du congédiement ni donné à l'employé la possibilité d'y répondre — L'employé avait-il droit à l'équité procédurale? — Démarche appropriée pour le congédiement d'un fonctionnaire.

D was employed by the Department of Justice for the Province of New Brunswick. He held a position under the *Civil Service Act* and was an office holder "at pleasure". His probationary period was extended twice and the employer reprimanded him on three separate occasions during the course of his employment. On the third occasion, a formal letter of reprimand was sent to D warning him that his failure to improve his performance would result in further disciplinary action up to and including dismissal. While preparing for a meeting to discuss D's performance review the employer concluded that D was not right for the job. A formal letter of termination was delivered to D's lawyer the next day. Cause for the termination was explicitly not alleged and D was given four months' pay in lieu of notice.

D commenced the grievance process under s. 100.1 of the *Public Service Labour Relations Act* ("*PSLRA*"), alleging that the reasons for the employer's dissatisfaction were not made known, that he did not receive a reasonable opportunity to respond to the concerns, that the employer's actions in terminating him were without notice, due process or procedural fairness, and that the length of the notice period was inadequate. The grievance was denied and then referred to adjudication. A preliminary issue of statutory interpretation arose as to whether, where dismissal was with notice or pay in lieu thereof, the adjudicator was authorized to determine the reasons underlying the province's decision to terminate. The adjudicator held that the referential incorporation of s. 97(2.1) of the *PSLRA* into s. 100.1(5) of that Act meant that he could determine whether D had been discharged or otherwise disciplined for cause. Ultimately, the adjudicator made no finding as to whether the discharge was or was not for cause. In his decision on the merits, he found that the termination letter effected termination with pay in lieu of notice and that the termination was not disciplinary. As D's employment was hybrid in character, the adjudicator held that D was entitled to and did not receive procedural fairness in the employer's decision to terminate his employment. He declared that the termination was void *ab initio* and ordered D reinstated as of the date of dismissal, adding that in the event that his reinstatement order was quashed on judicial review, he would find the appropriate notice period to be eight months.

On judicial review, the Court of Queen's Bench applied the correctness standard and quashed the adjudicator's preliminary decision, concluding that the adjudicator did not have jurisdiction to inquire into the

D travaillait pour le ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick. Il occupait un poste suivant la *Loi sur la Fonction publique* et était titulaire d'une charge à titre amovible. Sa période d'essai a été prolongée deux fois, et l'employeur l'a réprimandé à trois occasions distinctes en cours d'emploi. La troisième réprimande a pris la forme d'une lettre officielle l'informant que s'il n'améliorait pas son rendement, il s'exposait à de nouvelles mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement. Lors d'une rencontre préalable à l'évaluation du rendement de D, l'employeur a conclu que ce dernier ne répondait pas aux exigences du poste. Le lendemain, un avis de cessation d'emploi a été transmis à l'avocat de D. Nul motif de congédiement n'était expressément invoqué, et D avait droit à une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis.

D a présenté un grief sur le fondement de l'art. 100.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* (« *LRTSP* »), alléguant que l'employeur n'avait pas précisé ses motifs d'insatisfaction, qu'il ne lui avait pas donné la possibilité raisonnable de répondre aux reproches, que les mesures pour mettre fin à l'emploi avaient été prises sans préavis, sans application régulière de la loi et au mépris de l'équité procédurale et que l'indemnité versée était insuffisante. Le grief a été rejeté, puis renvoyé à l'arbitrage. Une question préalable d'interprétation législative s'est alors posée : dans le cas d'un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, l'arbitre est-il autorisé à déterminer les raisons de la décision de la province de mettre fin à l'emploi? L'arbitre a estimé que l'incorporation par renvoi du par. 97(2.1) de la *LRTSP* au par. 100.1(5) de la même loi l'autorisait à déterminer si D avait été congédié ou avait autrement fait l'objet d'une mesure disciplinaire, pour motif. Finalement, il n'a pas conclu qu'il s'agissait ou non d'un congédiement pour motif. Dans sa décision au fond, il a statué que l'avis de cessation d'emploi opérait un congédiement avec indemnité tenant lieu de préavis et que la cessation d'emploi n'était pas de nature disciplinaire. Vu la nature hybride de l'emploi, il a conclu que D avait droit au respect de l'équité procédurale, mais que l'employeur ne s'était pas acquitté de son obligation à cet égard en mettant fin à l'emploi. Il a déclaré nulle *ab initio* la cessation d'emploi et ordonné la réintégration de D dans ses fonctions à compter de la date du congédiement et, pour le cas où son ordonnance de réintégration serait annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire, il a ajouté qu'un préavis de huit mois lui paraissait indiqué.

Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour du Banc de la Reine a appliqué la norme de la décision correcte et annulé la décision sur la question préalable, arrivant à la conclusion que l'arbitre n'avait pas

reasons for the termination, and that his authority was limited to determining whether the notice period was reasonable. On the merits, the court found that D had received procedural fairness by virtue of the grievance hearing before the adjudicator. Concluding that the adjudicator's decision did not stand up to review on a reasonableness *simpliciter* standard, the court quashed the reinstatement order but upheld the adjudicator's provisional award of eight months' notice. The Court of Appeal held that the proper standard with respect to the interpretation of the adjudicator's authority under the *PSLRA* was reasonableness *simpliciter*, not correctness, and that the adjudicator's decision was unreasonable. It found that where the employer elects to dismiss with notice or pay in lieu of notice, s. 97(2.1) of the *PSLRA* does not apply and the employee may only grieve the length of the notice period. It agreed with the reviewing judge that D's right to procedural fairness had not been breached.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Fish and Abella JJ.: Despite its clear, stable constitutional foundations, the system of judicial review in Canada has proven to be difficult to implement. It is necessary to reconsider both the number and definitions of the various standards of review, and the analytical process employed to determine which standard applies in a given situation. Notwithstanding the theoretical differences between the standards of patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory. There ought to be only two standards of review: correctness and reasonableness. [32] [34] [41]

When applying the correctness standard in respect of jurisdictional and some other questions of law, a reviewing court will not show deference to the decision maker's reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question and decide whether it agrees with the determination of the decision maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable. Reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process and with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law. It is a deferential standard which requires respect for the legislative choices to leave some matters in the hands of administrative decision makers, for the processes and determinations

compétence pour s'enquérir des motifs de la cessation d'emploi et qu'il lui était seulement permis de déterminer si le préavis était raisonnable. Sur le fond, elle a statué que D avait bénéficié de l'équité procédurale du fait de l'audition de son grief par l'arbitre. Comme la décision de ce dernier ne satisfaisait pas à la norme de la raisonnabilité *simpliciter*, elle a annulé l'ordonnance de réintégration, mais confirmé la décision subsidiaire portant le préavis à huit mois. La Cour d'appel a estimé que la norme de contrôle applicable à l'interprétation des pouvoirs conférés à l'arbitre par la *LRTSP* était celle de la raisonnabilité *simpliciter*, et non celle de la décision correcte, et que la décision de l'arbitre était déraisonnable. Elle a conclu que lorsque l'employeur opte pour le congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, le par. 97(2.1) de la *LRTSP* ne s'applique pas et le seul recours dont dispose l'employé réside dans la contestation du préavis par voie de grief. Elle a convenu avec la cour de révision qu'il n'y avait pas eu d'atteinte au droit de D à l'équité procédurale.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel, Fish et Abella : Malgré ses assises constitutionnelles claires et stables, le mécanisme canadien de contrôle judiciaire se révèle difficile à appliquer. Il faut repenser tant le nombre que la teneur des normes de contrôle, ainsi que la démarche analytique qui préside à la détermination de la norme applicable dans un cas donné. Malgré ce qui distingue théoriquement la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter*, toute différence réelle d'application paraît illusoire. Il ne devrait y avoir que deux normes de contrôle, celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable. [32] [34] [41]

La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte relativement à certaines questions de droit, y compris une question de compétence, n'acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision qui applique la norme de la décision raisonnable se demande si la décision contestée possède les attributs de la raisonnabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Empreinte de déférence, la norme de la raisonnabilité commande le respect de la volonté du législateur de s'en remettre, pour certaines choses, à des décideurs

that draw on particular expertise and experiences, and for the different roles of the courts and administrative bodies within the Canadian constitutional system. [47-50]

An exhaustive analysis is not required in every case to determine the proper standard of review. Courts must first ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded to a decision maker with regard to a particular category of question. If the inquiry proves unfruitful, courts must analyze the factors making it possible to identify the proper standard of review. The existence of a privative clause is a strong indication of review pursuant to the reasonableness standard, since it is evidence of Parliament or a legislature's intent that an administrative decision maker be given greater deference and that interference by reviewing courts be minimized. It is not, however, determinative. Where the question is one of fact, discretion or policy, or where the legal issue is intertwined with and cannot be readily separated from the factual issue, deference will usually apply automatically. Deference will usually result where a decision maker is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity. While deference may also be warranted where an administrative decision maker has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context, a question of law that is of central importance to the legal system as a whole and outside the specialized area of expertise of the administrative decision maker will always attract a correctness standard. So will a true question of *vires*, a question regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals, and a constitutional question regarding the division of powers between Parliament and the provinces in the *Constitution Act, 1867*. [52-62]

The standard of reasonableness applied on the issue of statutory interpretation. While the question of whether the combined effect of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* permits the adjudicator to inquire into the employer's reason for dismissing an employee with notice or pay in lieu of notice is a question of law, it is not one that is of central importance to the legal system and outside the specialized expertise of the adjudicator, who was in fact interpreting his enabling statute. Furthermore, s. 101(1) of the *PSLRA* includes a full privative clause, and the nature of the regime favours the standard of reasonableness. Here, the adjudicator's

administratifs, de même que le respect des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d'une cour de justice et celles d'un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien. [47-50]

Il n'est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle. L'existence d'une clause privative milite clairement en faveur d'un contrôle suivant la norme de la raisonnabilité, car elle atteste la volonté du législateur que la décision du décideur administratif fasse l'objet de plus de déférence et que le contrôle judiciaire demeure minimal. Cependant, elle n'est pas déterminante. En présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, ou lorsque le droit et les faits s'entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés, la retenue s'impose habituellement d'emblée. Lorsqu'un décideur interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise. Elle peut également s'imposer lorsque le décideur administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé, mais la question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui est étrangère au domaine d'expertise du décideur administratif appelle toujours la norme de la décision correcte. Il en va de même pour une question touchant véritablement à la compétence, une question liée à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents et une question constitutionnelle touchant au partage des pouvoirs entre le Parlement et les provinces dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. [52-62]

La question de l'interprétation législative était assujettie à la norme de la raisonnabilité. Bien que la question de savoir si, ensemble, le par. 97(2.1) et l'art. 100.1 de la *LRTSP* autorisent l'arbitre à s'enquérir des motifs d'un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu constitue une question de droit, elle ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique et elle n'est pas étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre, lequel a en fait interprété sa loi habilitante. En outre, le par. 101(1) de la *LRTSP* constitue une clause privative absolue et la nature du régime milite en faveur de la norme de la raisonnabilité. En l'espèce, l'interprétation

interpretation of the law was unreasonable and his decision does not fall within the range of acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and the law. The employment relationship between the parties in this case was governed by private law. The combined effect of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* cannot, on any reasonable interpretation, remove the employer's right, under the ordinary rules of contract, to discharge an employee with reasonable notice or pay in lieu thereof without asserting cause. By giving the *PSLRA* an interpretation that allowed him to inquire into the reasons for discharge, the adjudicator adopted a reasoning process that was fundamentally inconsistent with the employment contract and, thus, fatally flawed. [66-75]

On the merits, D was not entitled to procedural fairness. Where a public employee is employed under a contract of employment, regardless of his or her status as a public office holder, the applicable law governing his or her dismissal is the law of contract, not general principles arising out of public law. Where a dismissal decision is properly within the public authority's powers and is taken pursuant to a contract of employment, there is no compelling public law purpose for imposing a duty of fairness. The principles expressed in *Knight v. Indian Head School Division No. 19* in relation to the general duty of fairness owed by public authorities when making decisions that affect the rights, privileges or interests of individuals are valid and important. However, to the extent that *Knight* ignored the important effect of a contract of employment, it should not be followed. In the case at bar, D was a contractual employee in addition to being a public office holder. Section 20 of the *Civil Service Act* provided that as a civil servant he could only be dismissed in accordance with the ordinary rules of contract. To consider a public law duty of fairness issue where such a duty exists falls squarely within the adjudicator's task to resolve a grievance. Where, as here, the relationship is contractual, it was unnecessary to consider any public law duty of procedural fairness. By imposing procedural fairness requirements on the respondent over and above its contractual obligations and ordering the full "reinstatement" of D, the adjudicator erred and his decision was therefore correctly struck down. [76-78] [81] [84] [106] [114] [117]

Per Binnie J.: The majority reasons for setting aside the adjudicator ruling were generally agreed with, however the call of the majority to re-evaluate the pragmatic and functional test and to re-assess "the structure and characteristics of the system of judicial review as a whole" and to develop a principled framework that is

du droit par l'arbitre était déraisonnable et sa décision ne faisait pas partie des issues acceptables au regard des faits et du droit. Le lien d'emploi entre les parties ressortissait au droit privé. L'application concomitante du par. 97(2.1) et de l'art. 100.1 de la *LRTSP* ne saurait donc raisonnablement supprimer le droit de l'employeur, suivant les règles contractuelles ordinaires, de congédier un employé avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu et sans invoquer de motif. En concluant que la *LRTSP* lui permettait de rechercher les motifs du congédiement, l'arbitre a tenu un raisonnement foncièrement incompatible avec le contrat d'emploi et, de ce fait, entaché d'un vice fatal. [66-75]

Sur le fond, D n'avait pas droit à l'équité procédurale. En présence d'un contrat d'emploi, le renvoi d'un fonctionnaire, que ce dernier soit ou non titulaire d'une charge publique, est régi par le droit contractuel, et non par les principes généraux du droit public. Lorsqu'un organisme public prend la décision de congédier une personne conformément à ses pouvoirs et à un contrat d'emploi, nulle considération supérieure du droit public ne justifie l'imposition d'une obligation d'équité. Les principes formulés dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19* relativement à l'obligation générale d'équité à laquelle est tenu l'organisme public dont la décision touche les droits, les privilèges ou les biens d'une personne demeurent valables et importants. Toutefois, dans la mesure où cet arrêt n'a pas tenu compte de l'effet déterminant d'un contrat d'emploi, il ne devrait pas être suivi. Dans la présente affaire, D était à la fois titulaire d'une charge publique et employé contractuel. L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* prévoyait qu'à titre de fonctionnaire, il ne pouvait être congédié que suivant les règles contractuelles ordinaires. L'examen d'une question touchant à l'obligation d'équité en droit public, lorsqu'une telle obligation existe, ressortit clairement au mandat de l'arbitre chargé du règlement d'un grief. Lorsque, comme en l'espèce, le lien est contractuel, il n'est pas nécessaire de tenir compte de quelque obligation d'équité procédurale en droit public. En assujettissant l'intimée à l'obligation d'équité procédurale en sus de ses obligations contractuelles et en ordonnant la réintégration de D, l'arbitre a commis une erreur, et sa décision a été annulée à bon droit. [76-78] [81] [84] [106] [114] [117]

Le juge Binnie : Malgré l'accord général avec les motifs invoqués par les juges majoritaires pour annuler la décision de l'arbitre, l'invitation à réévaluer l'analyse pragmatique et fonctionnelle ainsi qu'à revoir « l'architecture et les caractéristiques du mécanisme de contrôle judiciaire dans son ensemble » et à « établir

"more coherent and workable" invites a broader reappraisal. Judicial review is an idea that has lately become unduly burdened with law office metaphysics. Litigants find the court's attention focussed not on their complaints, or the government's response, but on lengthy and arcane discussions of something they are told is the pragmatic and functional test. The Court should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case. [119-122] [133] [145]

The distinction between "patent unreasonableness" and reasonableness *simpliciter* is now to be abandoned. The repeated attempts to explain the difference between the two, was in hindsight, unproductive and distracting. However, a broad reappraisal of the system of judicial review should explicitly address not only administrative tribunals but issues related to other types of administrative bodies and statutory decision makers including mid-level bureaucrats and, for that matter, Ministers. If logic and language cannot capture the distinction in one context, it must equally be deficient elsewhere in the field of judicial review. [121-123] [134-135] [140]

It should be presumed that the standard of review of an administrative outcome on grounds of substance is reasonableness. In accordance with the ordinary rules of litigation, it should also be presumed that the decision under review is reasonable until the applicant shows otherwise. An applicant urging the non-deferential "correctness" standard should be required to demonstrate that the decision rests on an error in the determination of a legal issue not confided (or which constitutionally could not be confided) to the administrative decision maker to decide, whether in relation to jurisdiction or the general law. The logic of the constitutional limitation is obvious. If the limitation did not exist, the government could transfer the work of the courts to administrative bodies that are not independent of the executive and by statute immunize the decisions of these bodies from effective judicial review. Questions of law outside the administrative decision maker's home statute and closely related rules or statutes which require his or her expertise should also be reviewable on a "correctness" standard whether or not it meets the majority's additional requirement that it be "of central importance to the legal system as a whole". The standard of correctness should also apply to the requirements of "procedural fairness", which will vary with the type of decision maker and the type of decision under review. Nobody should have his or her rights,

un cadre d'analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel » appelle un réexamen plus large. Ces dernières années, des débats métaphysico-juridiques ont indûment embrouillé la notion de contrôle judiciaire. La cour de révision ne met l'accent ni sur la prétention du justiciable ni la mesure prise par l'État, mais arbitre plutôt un long et mystérieux débat sur une méthode dite « pragmatique et fonctionnelle ». La Cour devrait à tout le moins (i) établir quelques présomptions et (ii) faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond. [119-122] [133] [145]

La distinction entre le « manifestement déraisonnable » et le raisonnable *simpliciter* doit désormais être abandonnée. Avec le recul, les tentatives répétées d'expliquer la différence entre les deux étaient vaines et importunes. Cependant, la réévaluation globale du mécanisme de contrôle judiciaire devrait explicitement viser non seulement les tribunaux administratifs, mais aussi d'autres types d'organisme administratif et de décideur d'origine législative, y compris des fonctionnaires de rang moyen, voire des ministres. Lorsque ni la logique ni la langue ne peuvent saisir la distinction dans un contexte, elles ne peuvent non plus le faire par ailleurs dans le domaine du contrôle judiciaire. [121-123] [134-135] [140]

Il devrait être présumé que la norme de contrôle d'une décision administrative sur le fond est celle de la raisonnabilité. Conformément aux règles qui régissent habituellement les litiges, on devrait aussi présumer que la décision visée par le contrôle est raisonnable, sauf preuve contraire du demandeur. Celui qui préconise l'application de la norme de la décision correcte — soit l'absence de déférence — devrait être tenu de prouver que la décision contestée résulte du règlement erroné d'une question juridique ne relevant pas (ou ne pouvant pas constitutionnellement relever) du décideur administratif, qu'elle ait trait à la compétence ou au droit en général. La raison d'être de l'obstacle constitutionnel est manifeste. S'il n'existait pas, l'État pourrait confier la tâche des tribunaux judiciaires à des organismes administratifs qui ne sont pas indépendants de l'exécutif et, par voie législative, soustraire les décisions de ces organismes à un véritable contrôle judiciaire. Les questions de droit ne relevant pas de la loi constitutive du décideur administratif ou de quelque règle ou loi très connexe faisant appel à son expertise devraient aussi être assujetties à la norme de la décision correcte, qu'elles satisfassent ou non à l'exigence de l'« importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » formulée par les juges majoritaires. Cette norme devrait également s'appliquer à l'obligation d'« équité procédurale », qui varie selon la catégorie à laquelle appartient le décideur et la

interests or privileges adversely dealt with by an unjust process. [127-129] [146-147]

On the other hand when the application for judicial review challenges the substantive outcome of an administrative action, the judge is invited to cross the line into second-guessing matters that lie within the function of the administrator. This is controversial because it is not immediately obvious why a judge's view of the reasonableness of an administrative policy or the exercise of an administrative discretion should be preferred to that of the administrator to whom Parliament or a legislature has allocated the decision, unless there is a full statutory right of appeal to the courts, or it is otherwise indicated in the conferring legislation that a "correctness" standard is intended. [130]

Abandonment of the distinction between reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness has important implications. The two different standards addressed not merely "the magnitude or the immediacy of the defect" in the administrative decision but recognized that different administrative decisions command different degrees of deference, depending on who is deciding what. [135]

"Contextualizing" a single standard of "reasonableness" review will shift the courtroom debate from choosing between two standards of reasonableness that each represented a different level of deference to a debate within a single standard of reasonableness to determine the appropriate level of deference. [139]

Thus a single "reasonableness" standard will now necessarily incorporate both the degree of deference owed to the decision maker formerly reflected in the distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, and an assessment of the range of options reasonably open to the decision maker in the circumstances. The judge's role is to identify the outer boundaries of reasonable outcomes within which the administrative decision maker is free to choose. [141] [149]

A single "reasonableness" standard is a big tent that will have to accommodate a lot of variables that inform and limit a court's review of the outcome of administrative decision making. "Contextualizing" the reasonableness standard will require a reviewing court to consider the precise nature and function of the decision maker including its expertise, the terms and objectives

nature de la décision en cause. Nul ne devrait voir ses droits, ses intérêts ou ses privilèges faire l'objet d'une décision défavorable à l'issue d'une procédure injuste. [127-129] [146-147]

Par contre, lorsque le demandeur conteste la mesure administrative quant au fond, la cour de révision est invitée à faire un pas de plus et à remettre en question une décision relevant du décideur administratif. Cela prête à controverse, car en ce qui concerne la raisonnabilité d'une politique administrative ou de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif, il n'y a pas de raison évidente de préférer l'appréciation judiciaire à celle du décideur administratif auquel le législateur a attribué le pouvoir de trancher, sauf lorsque la loi prévoit un droit d'appel devant une cour de justice ou que l'intention du législateur d'assujettir le décideur à la norme de la décision correcte ressort par ailleurs de la loi habilitante. [130]

L'abandon de la distinction entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et celle de la décision manifestement déraisonnable a d'importantes répercussions. Les deux normes ne s'intéressaient pas seulement à « l'importance du défaut » entachant la décision administrative ou à son « caractère flagrant », mais reconnaissaient aussi le fait que différentes décisions administratives appellent différents degrés de déférence, selon l'identité du décideur et la nature de la décision. [135]

L'application d'une norme unique en fonction du contexte transforme le débat : il ne s'agit plus de choisir entre deux normes de raisonnabilité correspondant chacune à un degré de déférence distinct, mais bien de déterminer le bon degré de déférence à l'intérieur d'une seule norme de raisonnabilité. [139]

Ainsi, dorénavant, une norme de « raisonnabilité » unique englobera nécessairement le degré de déférence auquel a droit le décideur et que traduisait auparavant la distinction entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter*, et la prise en considération des décisions qui auraient pu raisonnablement être rendues dans les circonstances. Le rôle de la cour de révision est de délimiter les résultats raisonnables parmi lesquels le décideur administratif est libre de choisir. [141] [149]

La notion de « raisonnabilité » est vaste et l'application d'une norme unique devra prendre en compte un grand nombre de variables qui délimitent le contrôle judiciaire d'une décision administrative. Appliquer la norme de la raisonnabilité en fonction du contexte exige de la cour de révision qu'elle tienne compte de la nature et de la fonction précises du décideur, y compris

of the governing statute (or common law) conferring the power of decision including the existence of a privative clause and the nature of the issue being decided. Careful consideration of these matters will reveal the extent of the discretion conferred. In some cases the court will have to recognize that the decision maker was required to strike a proper balance (or achieve proportionality) between the adverse impact of a decision on the rights and interests of the applicant or others directly affected weighed against the public purpose which is sought to be advanced. In each case careful consideration will have to be given to the reasons given for the decision. This list of "contextual" considerations is non-exhaustive. A reviewing court ought to recognize throughout the exercise that fundamentally the "reasonableness" of the administrative outcome is an issue given to another forum to decide. [144] [151-155]

Per Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: Any review starts with the identification of the questions at issue as questions of law, questions of fact or questions of mixed fact and law. In the adjudicative context, decisions on questions of fact, whether undergoing appellate review or administrative law review, always attract deference. When there is a privative clause, deference is owed to the administrative body that interprets the legal rules it was created to interpret and apply. If the body oversteps its delegated powers, if it is asked to interpret laws in respect of which it does not have expertise or if Parliament or a legislature has provided for a statutory right of review, deference is not owed to the decision maker. Finally, when considering a question of mixed fact and law, a reviewing court should show an adjudicator the same deference as an appeal court would show a lower court. [158-164]

Here, the employer's common law right to dismiss without cause was the starting point of the analysis. Since the adjudicator does not have specific expertise in interpreting the common law, the reviewing court can proceed to its own interpretation of the applicable rules and determine whether the adjudicator could enquire into the cause of the dismissal. The applicable standard of review is correctness. The distinction between the common law rules of employment and the statutory rules applicable to a unionized employee is essential if s. 97(2.1) of the *PSLRA* is to be applied *mutatis mutandis* to the case of a non-unionized employee as required by s. 100.1(5) of the *PSLRA*. The adjudicator's failure to inform himself of this crucial difference led him to look for a cause for the dismissal, which was not relevant. Even if deference had been owed to the adjudicator, his interpretation could not have stood. Employment security is so fundamental to an employment relationship

son expertise, du libellé et des objectifs de la loi (ou de la common law) conférant le pouvoir décisionnel, y compris la présence d'une clause privative, et de la nature de la question à trancher. L'examen attentif de ces éléments révélera l'étendue du pouvoir discrétionnaire. La cour de révision devra parfois reconnaître que le décideur devait établir un juste équilibre (ou une proportionnalité) entre, d'une part, les répercussions défavorables de la décision sur les droits et les intérêts du demandeur ou d'autres personnes directement touchées et, d'autre part, l'objectif public poursuivi. Elle devra toujours considérer attentivement les motifs de la décision. D'autres éléments « contextuels » pourront s'ajouter. Tout au long de la démarche, la cour de révision doit se rappeler que, fondamentalement, ce n'est pas à elle de juger de la « raisonnabilité » de la décision administrative. [144] [151-155]

Les juges Deschamps, Charron et Rothstein : Lors de toute révision, il faut d'abord déterminer si la question en litige est une question de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Dans le contexte juridictionnel, qu'elle fasse l'objet d'un appel ou d'un contrôle judiciaire, la décision sur une question de fait commande toujours la déférence. En présence d'une clause privative, la déférence s'impose à l'égard de l'organisme administratif qui interprète les règles juridiques pour l'interprétation et l'application desquelles il a été créé. La déférence ne s'impose pas lorsque l'organisme administratif outrepasse ses pouvoirs délégués, qu'il interprète des dispositions législatives ne relevant pas de son expertise ou que la loi prévoit expressément un droit de révision. Enfin, la cour de révision qui se penche sur une question mixte de fait et de droit devrait manifester autant de déférence envers le décideur que le ferait une cour d'appel vis-à-vis d'une cour inférieure. [158-164]

En l'espèce, le droit que la common law confère à l'employeur de congédier un employé sans invoquer de motif était le point de départ de l'analyse. Comme l'arbitre ne possède aucune expertise particulière dans l'interprétation de la common law, la cour de révision peut s'en remettre à sa propre interprétation des règles applicables et déterminer si l'arbitre pouvait ou non s'enquérir du motif du congédiement. La norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. La distinction entre les règles de la common law régissant l'emploi et celles d'origine législative applicables à l'employé syndiqué est essentielle à l'application du par. 97(2.1) de la *LRTSP* à un employé non syndiqué, avec les adaptations nécessaires, conformément au par. 100.1(5) de la même loi. L'omission de tenir compte de cette différence cruciale a amené l'arbitre à rechercher un motif de congédiement, ce qui était hors de propos. Même si l'arbitre avait eu droit à la déférence, son interprétation

that it could not have been granted by the legislature by providing only that the *PSLRA* was to apply *mutatis mutandis* to non-unionized employees. [168-171]

Cases Cited

By Bastarache and LeBel JJ.

Referred to: *Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills* (1989), 102 N.B.R. (2d) 1; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Executors of the Woodward Estate v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *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; *Council of Canadians with Disabilities v. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, 2007 SCC 15; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 S.C.R. 672, 2004 SCC 26; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Quebec (Commission des*

n'aurait pu être retenue. La sécurité d'emploi est si fondamentale à la relation de travail que le législateur n'a pu l'accorder en prévoyant seulement l'application de la *LRTSP* aux employés non syndiqués, compte tenu des adaptations nécessaires. [168-171]

Jurisprudence

Citée par les juges Bastarache et LeBel

Arrêts mentionnés : *Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills* (1989), 102 R.N.-B. (2e) 1; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Succession Woodward c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *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; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, 2007 CSC 15; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672, 2004 CSC 26; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 CSC 19; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police*

droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General), [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Reglin v. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi v. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688; *Seshia v. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen v. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis v. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard v. Sackville (Town)* (1992), 124 N.B.R. (2d) 70; *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Hughes v. Moncton (City)* (1990), 111 N.B.R. (2d) 184, aff'd (1991), 118 N.B.R. (2d) 306; *Rosen v. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701.

By Binnie J.

Referred to: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Law Society of Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39; *Canada Safeway Ltd. c. SGDMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Ridge c. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Reglin c. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi c. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688; *Seshia c. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen c. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis c. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard c. Sackville (Ville)* (1992), 124 R.N.-B. (2e) 70; *Malloch c. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Hughes c. Moncton (Ville)* (1990), 111 R.N.-B. (2e) 184, conf. (1991), 118 R.N.-B. (2e) 306; *Rosen c. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701.

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Cooper c. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Westcoast Energy Inc. c.*

New Brunswick v. Ryan, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.

By Deschamps J.

Referred to: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63.

Statutes and Regulations Cited

Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, s. 20.
Constitution Act, 1867, ss. 96 to 101.
Employment Standards Act, S.N.B. 1982, c. E-7.2.
Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23.
Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 23(1).
Interpretation Act, R.S.N.B. 1973, c. I-13, s. 20.
Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 92(1), 97, 97(2.1) [ad. 1990, c. 30, s. 35], 100.1 [*idem*, s. 40], 101(1) [*idem*, s. 41], (2) [*idem*].

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn.: West, 2004, "pleasure appointment".
Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2007).
Cromwell, Thomas A. "Appellate Review: Policy and Pragmatism". In *2006 Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*. Winnipeg: Fort Garry, 2006, V-1.
de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.
Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
England, Geoff. *Employment Law in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated March 2007, release 10).
Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Canada (Office national de l'énergie), [1998] 1 R.C.S. 322; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 à 101.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 23(1).
Loi d'interprétation, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, art. 20.
Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 92(1), 97, 97(2.1) [aj. 1990, ch. 30, art. 35], 100.1 [*idem*, art. 40], 101(1) [*idem*, art. 41], (2) [*idem*].
Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23.
Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, art. 20.
Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11.
Loi sur les normes d'emploi, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn. : West, 2004, « *pleasure appointment* ».
Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2007).
Cromwell, Thomas A. « Appellate Review : Policy and Pragmatism ». In *2006 Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*. Winnipeg : Fort Garry, 2006, V-1.
de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London : Sweet & Maxwell, 1995.
Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart Publishing, 1997, 279.
England, Geoff. *Employment Law in Canada*, 4th ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated March 2007, release 10).
Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.

Mullan, David J. *Administrative Law.* Toronto: Irwin Law, 2001.

Mullan, David J. "Recent Developments in Standard of Review", in *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners.* Canadian Bar Association (Ontario), October 20, 2000.

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

Sossin, Lorne, and Colleen M. Flood, "The Contextual Turn: Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law" (2007), 57 *U.T.L.J.* 581.

Wade, Sir William. *Administrative Law,* 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Turnbull, Daigle and Robertson JJ.A.) (2006), 297 N.B.R. (2d) 151, 265 D.L.R. (4th) 609, 44 Admin. L.R. (4th) 92, 48 C.C.E.L. (3d) 196, 2006 CLLC ¶220-030, [2006] N.B.J. No. 118 (QL), 2006 CarswellNB 155, 2006 NBCA 27, affirming a judgment of Rideout J. (2005), 293 N.B.R. (2d) 5, 43 C.C.E.L. (3d) 205, [2005] N.B.J. No. 327 (QL), 2005 CarswellNB 444, 2005 NBQB 270, quashing a preliminary ruling and quashing in part an award made by an adjudicator. Appeal dismissed.

J. Gordon Petrie, Q.C., and *Clarence L. Bennett*, for the appellant.

C. Clyde Spinney, Q.C., and *Keith P. Mullin*, for the respondent.

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

BASTARACHE AND LEBEL JJ. —

I. Introduction

[1] This appeal calls on the Court to consider, once again, the troubling question of the approach to be taken in judicial review of decisions of administrative tribunals. The recent history of judicial review in Canada has been marked by ebbs and flows of deference, confounding tests and new words for old problems, but no solutions that provide real guidance for litigants, counsel, administrative decision

Mullan, David J. *Administrative Law.* Toronto : Irwin Law, 2001.

Mullan, David J. « Recent Developments in Standard of Review », in *Taking the Tribunal to Court : A Practical Guide for Administrative Law Practitioners.* Canadian Bar Association (Ontario), October 20, 2000.

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

Sossin, Lorne, and Colleen M. Flood, « The Contextual Turn : Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law » (2007), 57 *U.T.L.J.* 581.

Wade, Sir William. *Administrative Law,* 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York : Oxford University Press, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Turnbull, Daigle et Robertson) (2006), 297 R.N.-B. (2e) 151, 265 D.L.R. (4th) 609, 44 Admin. L.R. (4th) 92, 48 C.C.E.L. (3d) 196, 2006 CLLC ¶220-030, [2006] A.N.-B. nº 118 (QL), 2006 CarswellNB 156, 2006 NBCA 27, qui a confirmé la décision du juge Rideout (2005), 293 R.N.-B. (2e) 5, 43 C.C.E.L. (3d) 205, [2005] A.N.-B. nº 327 (QL), 2005 CarswellNB 444, 2005 NBBR 270, qui a annulé la décision de l'arbitre sur la question préalable et annulé en partie sa sentence. Pourvoi rejeté.

J. Gordon Petrie, c.r., et *Clarence L. Bennett*, pour l'appelant.

C. Clyde Spinney, c.r., et *Keith P. Mullin*, pour l'intimée.

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

LES JUGES BASTARACHE ET LEBEL —

I. Introduction

[1] Une fois de plus, la Cour est appelée à se pencher sur l'épineuse question de la démarche qu'il convient d'adopter pour le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs. Au Canada, l'évolution récente du contrôle judiciaire a été marquée par une déférence variable, l'application de critères déroutants et la qualification nouvelle de vieux problèmes, sans qu'une solution n'offre de vérita-

makers or judicial review judges. The time has arrived for a reassessment of the question.

A. *Facts*

[2] The appellant, David Dunsmuir, was employed by the Department of Justice for the Province of New Brunswick. His employment began on February 25, 2002, as a Legal Officer in the Fredericton Court Services Branch. The appellant was placed on an initial six-month probationary term. On March 14, 2002, by Order-in-Council, he was appointed to the offices of Clerk of the Court of Queen's Bench, Trial Division, Administrator of the Court of Queen's Bench, Family Division, and Clerk of the Probate Court of New Brunswick, all for the Judicial District of Fredericton.

[3] The employment relationship was not perfect. The appellant's probationary period was extended twice, to the maximum 12 months. At the end of each probationary period, the appellant was given a performance review. The first such review, which occurred in August 2002, identified four specific areas for improvement. The second review, three months later, cited the same four areas for development, but noted improvements in two. At the end of the third probationary period, the Regional Director of Court Services noted that the appellant had met all expectations and his employment was continued on a permanent basis.

[4] The employer reprimanded the appellant on three separate occasions during the course of his employment. The first incident occurred in July 2002. The appellant had sent an email to the Chief Justice of the Court of Queen's Bench objecting to a request that had been made by the judge of the Fredericton Judicial District for the preparation of a practice directive. The Regional Director issued a reprimand letter to the appellant, explaining that the means he had used to raise his concerns were inappropriate and exhibited serious error in judgment. In the event that a similar concern arose in the future, he was directed to discuss the matter

bles repères aux parties, à leurs avocats, aux décideurs administratifs ou aux cours de justice saisies de demandes de contrôle judiciaire. Le temps est venu de réévaluer la question.

A. *Les faits*

[2] Le 25 février 2002, l'appelant, David Dunsmuir, est entré en fonction au ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick à titre de conseiller juridique de la Division des services aux tribunaux. Il était à l'essai pour une période de six mois. Par décret daté du 14 mars 2002, il a été nommé, pour la circonscription judiciaire de Fredericton, greffier de la Division de première instance et administrateur de la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine, de même que greffier de la Cour des successions.

[3] La relation d'emploi entre l'appelant et son employeur n'a pas été sans heurts. La période d'essai de l'appelant a été prolongée deux fois, atteignant la durée maximale de douze mois. À la fin de chacune des périodes d'essai, le rendement de l'appelant a été évalué. Au mois d'août 2002, la première évaluation faisait état de quatre points à améliorer. Trois mois plus tard, la deuxième évaluation relevait les mêmes quatre points, mais signalait des améliorations à l'égard de deux d'entre eux. Au terme de la troisième période d'essai, la directrice régionale des services aux tribunaux indiquait que l'appelant avait répondu à toutes les attentes, et ce dernier a été titularisé.

[4] L'employeur a réprimandé l'appelant à trois occasions distinctes en cours d'emploi, la première fois en juillet 2002. L'appelant avait communiqué par courriel au Juge en chef de la Cour du Banc de la Reine son opposition à une demande formulée par les juges de la circonscription judiciaire de Fredericton pour la préparation d'une directive en matière de procédure. La directrice régionale lui avait fait parvenir une lettre de réprimande lui expliquant que le moyen employé pour exprimer ses préoccupations était inopportun et qu'il avait commis une grave erreur de jugement. Elle lui avait précisé qu'il devrait à l'avenir s'adresser d'abord au

first with the Registrar or the Regional Director. The letter warned that failure to comply would lead to additional disciplinary measures and, if necessary, to dismissal.

[5] A second disciplinary measure occurred when, in April 2004, it came to the attention of the Assistant Deputy Minister that the appellant was being advertised as a lecturer at legal seminars offered in the private sector. The appellant had inquired previously into the possibility of doing legal work outside his employment. In February 2004, the Assistant Deputy Minister had informed him that lawyers in the public service should not practise law in the private sector. A month later, the appellant wrote a letter to the Law Society of New Brunswick stating that his participation as a non-remunerated lecturer had been vetted by his employer, who had voiced no objection. On June 3, 2004, the Assistant Deputy Minister issued to the appellant written notice of a one-day suspension with pay regarding the incident. The letter also referred to issues regarding the appellant's work performance, including complaints from unnamed staff, lawyers and members of the public regarding his difficulties with timeliness and organization. This second letter concluded with the statement that "[f]uture occurrences of this nature and failure to develop more efficient organized work habits will result in disciplinary action up to and including dismissal."

[6] Third, on July 21, 2004, the Regional Director wrote a formal letter of reprimand to the appellant regarding three alleged incidents relating to his job performance. This letter, too, concluded with a warning that the appellant's failure to improve his organization and timeliness would result in further disciplinary action up to and including dismissal. The appellant responded to the letter by informing the Regional Director that he would be seeking legal advice and, until that time, would not meet with her to discuss the matter further.

[7] A review of the appellant's work performance had been due in April 2004 but did not take place. The appellant met with the Regional Director on a

registraire ou à elle, faute de quoi il s'exposerait à d'autres mesures disciplinaires, voire au congédiement.

[5] La deuxième mesure disciplinaire a été prise après que le sous-ministre adjoint eut pris connaissance, en avril 2004, de l'annonce de séminaires juridiques organisés par le secteur privé présentant l'appelant comme un conférencier invité. L'appelant s'était auparavant renseigné sur la possibilité d'exercer le droit après ses heures de travail. Au mois de février 2004, le sous-ministre adjoint lui avait fait savoir que les avocats de la fonction publique ne devaient pas exercer leur profession dans le secteur privé. Un mois plus tard, l'appelant avait écrit au Barreau du Nouveau-Brunswick qu'après s'être penché sur la question, son employeur ne s'opposait pas à sa participation à titre de conférencier non rémunéré. Le 3 juin 2004, le sous-ministre adjoint l'avait informé par écrit de sa suspension d'un jour avec traitement. La lettre faisait également état de problèmes liés à son rendement au travail, y compris de plaintes anonymes de collègues, d'avocats et de citoyens lui reprochant de ne pas respecter les délais et de manquer d'organisation. Le sous-ministre adjoint concluait : [TRADUCTION] « Si d'autres incidents de cette nature se produisent ou si vous ne faites pas preuve de plus d'efficacité et d'organisation dans votre travail, vous vous exposez à des mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement. »

[6] La troisième fois, le 21 juillet 2004, la directrice régionale a rédigé une lettre de réprimande officielle concernant trois incidents liés au rendement de l'appelant. Elle aussi concluait par une mise en garde — s'il n'organisait pas mieux son travail ni ne respectait pas davantage les délais, il s'exposait à de nouvelles mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement. L'appelant lui a répondu qu'il consulterait un avocat et que, dans l'intervalle, il s'abstiendrait de la rencontrer pour discuter plus avant de la question.

[7] L'évaluation du rendement de l'appelant n'a pas eu lieu en avril 2004 comme prévu. La directrice régionale a rencontré l'appelant à quelques reprises

couple of occasions to discuss backlogs and organizational problems. Complaints were relayed to her by staff but they were not documented and it is unknown how many complaints there had been. The Regional Director notified the appellant on August 11, 2004, that his performance review was overdue and would occur by August 20. A meeting had been arranged for August 19 between the appellant, the Regional Director, the Assistant Deputy Minister and counsel for the appellant and the employer. While preparing for that meeting, the Regional Director and the Assistant Deputy Minister concluded that the appellant was not right for the job. The scheduled meeting was cancelled and a termination notice was faxed to the appellant. A formal letter of termination from the Deputy Minister was delivered to the appellant's lawyer the next day. The letter terminated the appellant's employment with the Province of New Brunswick, effective December 31, 2004. It read, in relevant part:

I regret to advise you that I have come to the conclusion that your particular skill set does not meet the needs of your employer in your current position, and that it is advisable to terminate your employment on reasonable notice, pursuant to section 20 of the *Civil Service Act*. You are accordingly hereby advised that your employment with the Province of New Brunswick will terminate on December 31, 2004. Cause for termination is not alleged.

To aid in your search for other employment, you are not required to report to work during the notice period and your salary will be continued until the date indicated or for such shorter period as you require either to find a job with equivalent remuneration, or you commence self-employment.

. . .

In the circumstances, we would request that you avoid returning to the workplace until your departure has been announced to staff, and until you have returned your keys and government identification to your supervisor, Ms. Laundry as well as any other property of the employer still in your possession . . . .

[8] On February 3, 2005, the appellant was removed from his statutory offices by order of the Lieutenant-Governor in Council.

pour discuter de dossiers en retard et d'organisation. Des plaintes lui avaient été transmises par des employés, mais elles n'étaient pas étayées et leur nombre demeure inconnu. Le 11 août 2004, elle a informé l'appelant que son rendement serait évalué au plus tard le 20 août. Une rencontre était prévue le 19 août entre l'appelant, la directrice générale, le sous-ministre adjoint, l'avocat de l'appelant et celui de l'employeur. En s'y préparant, la directrice régionale et le sous-ministre adjoint sont arrivés à la conclusion que l'appelant ne répondait pas aux exigences du poste. La rencontre a été annulée et un avis de cessation d'emploi a été télécopié à l'appelant. Le lendemain, un avis de cessation d'emploi a été transmis par le sous-ministre à l'avocat de l'appelant. Il mettait fin à l'emploi de l'appelant par la province du Nouveau-Brunswick en date du 31 décembre 2004. En voici les passages pertinents :

[TRADUCTION] J'ai le regret de vous informer que je suis arrivé à la conclusion que vos compétences particulières ne correspondent pas aux exigences de votre poste actuel déterminées par l'employeur et qu'il convient de mettre fin à votre emploi moyennant un préavis raisonnable, conformément à l'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique*. Vous êtes donc informé par la présente que votre emploi par la province du Nouveau-Brunswick prendra fin le 31 décembre 2004. Aucun motif de congédiement n'est invoqué.

Afin que vous puissiez trouver un nouvel emploi, vous n'aurez pas à vous présenter au travail pendant le délai de préavis. Vous toucherez votre traitement jusqu'à la date mentionnée ou celle, antérieure, à laquelle vous trouverez un emploi offrant une rémunération équivalente ou deviendrez travailleur autonome.

. . .

Dans les circonstances, nous vous demandons de bien vouloir vous abstenir de revenir sur le lieu de travail avant que votre départ n'ait été annoncé au personnel et que vous n'ayez remis à votre supérieure immédiate, M^me^ Laundry, vos clés et votre carte d'identité ainsi que tout autre bien de l'employeur en votre possession . . .

[8] Le 3 février 2005, un décret du lieutenant-gouverneur en conseil a destitué l'appelant de ses charges créées par la loi.

[9] The appellant commenced the grievance process under s. 100.1 of the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25 ("*PSLRA*"; see Appendix), by letter to the Deputy Minister on September 1, 2004. That provision grants non-unionized employees of the provincial public service the right to file a grievance with respect to a "discharge, suspension or a financial penalty" (s. 100.1(2)). The appellant asserted several grounds of complaint in his grievance letter, in particular, that the reasons for the employer's dissatisfaction were not made known; that he did not receive a reasonable opportunity to respond to the employer's concerns; that the employer's actions in terminating him were without notice, due process or procedural fairness; and that the length of the notice period was inadequate. The grievance was denied. The appellant then gave notice that he would refer the grievance to adjudication under the *PSLRA*. The adjudicator was selected by agreement of the parties and appointed by the Labour and Employment Board.

[10] The adjudication hearing was convened and counsel for the appellant produced as evidence a volume of 169 documents. Counsel for the respondent objected to the inclusion of almost half of the documents. The objection was made on the ground that the documents were irrelevant since the appellant's dismissal was not disciplinary but rather was a termination on reasonable notice. The preliminary issue therefore arose of whether, where dismissal was with notice or pay in lieu thereof, the adjudicator was authorized to assess the reasons underlying the province's decision to terminate. Following his preliminary ruling on that issue, the adjudicator heard and decided the merits of the grievance.

B. *Decisions of the Adjudicator*

(1) Preliminary Ruling (January 10, 2005)

[11] The adjudicator began his preliminary ruling by considering s. 97(2.1) of the *PSLRA*. He reasoned that because the appellant was not included in a bargaining unit and there was no collective agreement or arbitral award, the section ought to be

[9] Dans une lettre au sous-ministre datée du 1er septembre 2004, l'appelant s'est prévalu de l'art. 100.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25 (« *LRTSP* »; voir l'annexe), qui confère à l'employé non syndiqué d'un service public provincial le droit de présenter un grief à l'égard « du congédiement, de la suspension ou d'une peine pécuniaire » (par. 100.1(2)). Il invoquait plusieurs raisons à l'appui, notamment que l'employeur n'avait pas précisé ses motifs d'insatisfaction, qu'il ne lui avait pas donné la possibilité raisonnable de répondre aux reproches, que les mesures pour mettre fin à l'emploi avaient été prises sans préavis, sans application régulière de la loi et au mépris de l'équité procédurale et que l'indemnité versée était insuffisante. Le grief a été rejeté. L'appelant a alors donné avis qu'il demandait le renvoi à l'arbitrage sous le régime de la *LRTSP*. L'arbitre a été choisi de concert par les parties, puis nommé par la Commission du travail et de l'emploi.

[10] À l'audience d'arbitrage, l'avocat de l'appelant a déposé en preuve un classeur renfermant 169 documents. L'avocat de l'intimée a contesté la mise en preuve de près de la moitié d'entre eux, soutenant qu'ils n'étaient pas pertinents puisqu'il n'y avait pas eu congédiement de nature disciplinaire, mais cessation d'emploi avec préavis raisonnable. S'est alors posé la question préalable de savoir si, dans le cas d'un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, l'arbitre était autorisé à déterminer les raisons de la décision de la province de mettre fin à l'emploi. Après avoir tranché la question, l'arbitre a entendu le grief et statué au fond.

B. *Les décisions de l'arbitre*

(1) La décision sur la question préalable (10 janvier 2005)

[11] L'arbitre a entrepris l'examen de la question préalable en se penchant sur le libellé du par. 97(2.1) de la *LRTSP*. Étant donné que l'appelant n'appartenait pas à une unité de négociation et n'était pas visé par une convention collective ou

interpreted to mean that where an adjudicator determines that an employee has been discharged for cause, the adjudicator may substitute another penalty for the discharge as seems just and reasonable in the circumstances. The adjudicator considered and relied on the decision of the New Brunswick Court of Appeal in *Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills* (1989), 102 N.B.R. (2d) 1.

[12] Turning to s. 100.1 of the *PSLRA*, he noted the referential incorporation of s. 97 in s. 100.1(5). He stated that such incorporation "necessarily means that an adjudicator has jurisdiction to make the determination described in s. 97(2.1), i.e. that an employee has been discharged or otherwise disciplined for cause" (p. 5). The adjudicator noted that an employee to whom s. 20 of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1 (see Appendix), applies may be discharged for cause, with reasonable notice or with pay in lieu of reasonable notice. He concluded by holding that an employer cannot avoid an inquiry into its real reasons for dismissing an employee by stating that cause is not alleged. Rather, a grieving employee is entitled to an adjudication as to whether a discharge purportedly with notice or pay in lieu thereof was in fact for cause. He therefore held that he had jurisdiction to make such a determination.

(2) Ruling on the Merits (February 16, 2005)

[13] In his decision on the merits, released shortly thereafter, the adjudicator found that the termination letter of August 19 effected termination with pay in lieu of notice. The employer did not allege cause. Inquiring into the reasons for dismissal the adjudicator was satisfied that, on his view of the evidence, the termination was not disciplinary. Rather, the decision to terminate was based on the employer's concerns about the appellant's work performance and his suitability for the positions he held.

[14] The adjudicator then considered the appellant's claim that he was dismissed without procedural fairness in that the employer did not inform him of the reasons for its dissatisfaction and did not give him an opportunity to respond. The adjudicator

une sentence arbitrale, il a conclu que cette disposition devait être interprétée comme l'autorisant, s'il estimait que l'employé avait été congédié pour motif, à substituer au congédiement la peine qui lui paraissait juste et raisonnable dans les circonstances. Il s'est fondé sur l'arrêt *Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills* (1989), 102 R.N.-B. (2e) 1, de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick.

[12] En ce qui concerne l'art. 100.1 de la *LRTSP*, comme le par. 100.1(5) incorporait l'art. 97 par renvoi, il a estimé [TRADUCTION] « que l'arbitre a nécessairement compétence pour décider, suivant le par. 97(2.1), qu'un employé a été congédié ou qu'une mesure disciplinaire a été autrement prise contre lui "pour motif" » (p. 5). Il a fait observer que l'employé visé à l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1 (voir l'annexe), pouvait être congédié pour motif avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu, pour conclure que l'employeur ne pouvait se soustraire à l'examen des véritables raisons du congédiement en s'abstenant d'invoquer un motif. L'employé qui présentait un grief avait droit selon lui à une décision quant à savoir si son congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu constituait en fait un congédiement pour motif. L'arbitre a donc conclu qu'il avait compétence pour rendre pareille décision.

(2) La décision au fond (16 février 2005)

[13] Dans la décision au fond rendue peu après, l'arbitre a statué que l'avis de cessation d'emploi du 19 août opérait un congédiement avec indemnité tenant lieu de préavis. L'employeur n'invoquait aucun motif. S'interrogeant sur les raisons du congédiement, l'arbitre s'est dit convaincu au vu de la preuve que la cessation d'emploi n'était pas de nature disciplinaire, mais découlait plutôt des préoccupations de l'employeur concernant le rendement de l'appelant et son aptitude à s'acquitter de ses fonctions.

[14] L'arbitre s'est ensuite penché sur l'allégation selon laquelle l'employeur avait manqué à son obligation d'équité procédurale en omettant de communiquer à l'appelant les raisons de son insatisfaction et de lui donner la possibilité d'y répondre. Il

placed some responsibility on the employer for cancelling the performance review scheduled for August 19. He also opined that the employer was not so much dissatisfied with the appellant's quality of work as with his lack of organization.

[15] The adjudicator's decision relied on *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, for the relevant legal principles regarding the right of "at pleasure" office holders to procedural fairness. As the appellant's employment was "hybrid in character" (para. 53) — he was both a Legal Officer under the *Civil Service Act* and, as Clerk, an office holder "at pleasure" — the adjudicator held that the appellant was entitled to procedural fairness in the employer's decision to terminate his employment. He declared that the termination was void *ab initio* and ordered the appellant reinstated as of August 19, 2004, the date of dismissal.

[16] The adjudicator added that in the event that his reinstatement order was quashed on judicial review, he would find the appropriate notice period to be eight months.

C. *Judicial History*

(1) Court of Queen's Bench of New Brunswick (2005), 293 N.B.R. (2d) 5, 2005 NBQB 270

[17] The Province of New Brunswick applied for judicial review of the adjudicator's decision on numerous grounds. In particular, it argued that the adjudicator had exceeded his jurisdiction in his preliminary ruling by holding that he was authorized to determine whether the termination was in fact for cause. The Province further argued that the adjudicator had acted incorrectly or unreasonably in deciding the procedural fairness issue. The application was heard by Rideout J.

[18] The reviewing judge applied a pragmatic and functional analysis, considering the presence of a full privative clause in the *PSLRA*, the

a attribué une certaine responsabilité à l'employeur pour l'annulation de l'évaluation du rendement censée avoir lieu le 19 août. Il a aussi estimé que ce n'était pas tant la qualité du travail de l'appelant que son manque d'organisation qui était à l'origine de l'insatisfaction de l'employeur.

[15] Pour ce qui est des principes juridiques permettant de statuer sur le droit à l'équité procédurale d'un titulaire de charge « à titre amovible », l'arbitre s'est reporté à l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653. Vu la nature [TRADUCTION] « hybride » de l'emploi (par. 53) — conseiller juridique soumis à la *Loi sur la Fonction publique* et greffier nommé à titre amovible —, il a conclu que la décision de l'employeur de mettre fin à l'emploi de l'appelant devait respecter l'équité procédurale. Il a déclaré nulle *ab initio* la cessation d'emploi et ordonné la réintégration de l'appelant dans ses fonctions à compter du 19 août 2004, date du congédiement.

[16] Pour le cas où son ordonnance de réintégration serait annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire, il a ajouté qu'un préavis de huit mois lui paraissait indiqué.

C. *Historique des procédures judiciaires*

(1) Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick (2005), 293 R.N.-B. (2e) 5, 2005 NBBR 270

[17] La province du Nouveau-Brunswick a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre. Elle a invoqué de nombreux motifs, dont le suivant : dans sa décision sur la question préalable, l'arbitre avait outrepassé sa compétence en s'estimant fondé à déterminer si le congédiement était en fait un congédiement pour motif. La province a également prétendu que l'arbitre avait adopté une démarche incorrecte ou déraisonnable pour statuer sur l'équité procédurale. Le juge Rideout a entendu la demande.

[18] Recourant à l'analyse pragmatique et fonctionnelle, le juge a pris en compte la clause privative absolue de la *LRTSP*, l'expertise relative de

relative expertise of adjudicators appointed under the *PSLRA*, the purposes of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* as well as s. 20 of the *Civil Service Act*, and the nature of the question as one of statutory interpretation. He concluded that the correctness standard of review applied and that the court need not show curial deference to the decision of an adjudicator regarding the interpretation of those statutory provisions.

[19] Regarding the preliminary ruling, the reviewing judge noted that the appellant was employed "at pleasure" and fell under s. 20 of the *Civil Service Act*. In his view, the adjudicator had overlooked the effects of s. 20 and had mistakenly given ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* a substantive, rather than procedural, interpretation. Those sections are procedural in nature. They provide an employee with a right to grieve his or her dismissal and set out the steps that must be followed to pursue a grievance. The adjudicator is bound to apply the contractual provisions as they exist and has no authority to change those provisions. Thus, in cases in which s. 20 of the *Civil Service Act* applies, the adjudicator must apply the ordinary rules of contract. The reviewing judge held that the adjudicator had erred in removing the words "and the collective agreement or arbitral award does not contain a specific penalty for the infraction that resulted in the employee being discharged or otherwise disciplined" from s. 97(2.1). Those words limit s. 97(2.1) to employees who are not employed "at pleasure". In the view of the reviewing judge, the adjudicator did not have jurisdiction to inquire into the reasons for the termination. His authority was limited to determining whether the notice period was reasonable. Having found that the adjudicator had exceeded his jurisdiction, the reviewing judge quashed his preliminary ruling.

[20] With respect to the adjudicator's award on the merits, the reviewing judge commented that some aspects of the decision are factual in nature and should be reviewed on a patent unreasonableness standard, while other aspects involve questions

l'arbitre nommé sous son régime, l'objet de son par. 97(2.1) et de son art. 100.1 ainsi que de l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, et la nature de la question en litige — s'agissait-il d'interpréter une disposition législative? Il a conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte et que l'interprétation de ces dispositions législatives par l'arbitre ne commandait pas la déférence judiciaire.

[19] Au sujet de la question préalable, le juge de révision a signalé que l'appelant avait occupé une charge « à titre amovible » et qu'il était régi par l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*. Selon lui, l'arbitre n'avait pas tenu compte de la portée de cette disposition et avait considéré à tort le par. 97(2.1) et l'art. 100.1 de la *LRTSP* comme des dispositions substantielles plutôt que procédurales. Ces dispositions confèrent à l'employé le droit de présenter un grief à l'égard de son congédiement et établissent les étapes à suivre pour le faire. L'arbitre a l'obligation d'appliquer une clause contractuelle telle qu'elle est stipulée et ne possède pas le pouvoir de la modifier. Par conséquent, dans une affaire relevant de l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, il doit appliquer les règles contractuelles ordinaires. Le juge de révision a estimé que l'arbitre avait eu tort de faire abstraction des mots « et que la convention collective ou la sentence arbitrale ne contient pas une peine spécifique pour l'infraction en raison de laquelle l'employé a été congédié ou s'est vu imposer autrement une mesure disciplinaire » employés au par. 97(2.1). Suivant ce libellé, la disposition ne s'applique qu'aux employés n'occupant pas une charge « à titre amovible ». Selon le juge de révision, l'arbitre n'avait pas compétence pour s'enquérir des motifs de la cessation d'emploi. Il pouvait seulement se prononcer sur le caractère raisonnable du préavis. Après avoir conclu que l'arbitre avait outrepassé sa compétence, le juge de révision a annulé sa décision sur la question préalable.

[20] En ce qui a trait à la sentence arbitrale sur le fond, le juge de révision a indiqué que certains de ses éléments touchaient aux faits et commandaient l'application de la norme de la décision manifestement déraisonnable, mais que d'autres portaient

of mixed fact and law which are subject to a reasonableness *simpliciter* standard. The reviewing judge agreed with the Province that the adjudicator's reasons do not stand up to a "somewhat probing examination" (para. 76). The reviewing judge held that the adjudicator's award of reinstatement could not stand as he was not empowered by the *PSLRA* to make Lieutenant-Governor in Council appointments. In addition, by concluding that the decision was void *ab initio* owing to a lack of procedural fairness, the adjudicator failed to consider the doctrine of adequate alternative remedy. The appellant received procedural fairness by virtue of the grievance hearing before the adjudicator. The adjudicator had provisionally increased the notice period to eight months — that provided an adequate alternative remedy. Concluding that the adjudicator's decision did not stand up to review on a reasonableness *simpliciter* standard, the reviewing judge quashed the reinstatement order but upheld the adjudicator's provisional award of eight months' notice.

(2) Court of Appeal of New Brunswick (2006), 297 N.B.R. (2d) 151, 2006 NBCA 27

[21] The appellant appealed the decision of the reviewing judge. The Court of Appeal, Robertson J.A. writing, held that the proper standard with respect to the interpretation of the adjudicator's authority under the *PSLRA* was reasonableness *simpliciter* and that the reviewing judge had erred in adopting the correctness standard. The court reached that conclusion by proceeding through a pragmatic and functional analysis, placing particular emphasis on the presence of a full privative clause in the *PSLRA* and the relative expertise of an adjudicator in the labour relations and employment context. The court also relied on the decision of this Court in *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28. However, the court noted that the adjudicator's interpretation of the *Mills* decision warranted no deference and that "correctness is the proper review standard when it comes to the interpretation and application of caselaw" (para. 17).

à la fois sur les faits et le droit, de sorte qu'il fallait appliquer la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Il a convenu avec la province que les motifs de l'arbitre ne résistaient pas à « un examen assez poussé » (par. 76) et statué que l'arbitre ne pouvait ordonner la réintégration car la *LRTSP* ne l'autorisait pas à effectuer une nomination relevant du lieutenant-gouverneur en conseil. En outre, en concluant que le non-respect de l'équité procédurale rendait la décision nulle *ab initio*, l'arbitre avait omis de tenir compte de l'existence d'un autre recours approprié. L'appelant avait bénéficié de l'équité procédurale du fait de l'audition de son grief par l'arbitre, lequel avait subsidiairement porté le préavis à huit mois, d'où l'existence d'un autre recours approprié. Le juge de révision a conclu que la décision de l'arbitre ne satisfaisait pas à la norme de la raisonnabilité *simpliciter*, de sorte qu'il a annulé l'ordonnance de réintégration, mais confirmé la décision subsidiaire portant à huit mois le préavis requis.

(2) Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (2006), 297 R.N.-B. (2e) 151, 2006 NBCA 27

[21] L'appelant a interjeté appel de la décision du juge de révision. Par la voix du juge Robertson, la Cour d'appel a statué que la norme applicable à l'interprétation des pouvoirs conférés à l'arbitre par la *LRTSP* était celle de la raisonnabilité *simpliciter* et que le juge de révision avait eu tort d'appliquer celle de la décision correcte. Elle a conclu ainsi à l'issue d'une analyse pragmatique et fonctionnelle axée sur la clause privative absolue de la *LRTSP* et l'expertise relative de l'arbitre dans le domaine des relations de travail et de l'emploi. Elle s'est également appuyée sur notre arrêt *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28. Toutefois, elle a indiqué que l'interprétation de l'arrêt *Mills* par l'arbitre n'appellait pas la déférence et que « la norme de la décision correcte est la norme de contrôle applicable lorsqu'il s'agit de l'interprétation et de l'application de la jurisprudence » (par. 17).

[22] Applying the reasonableness *simpliciter* standard, the court held that the adjudicator's decision was unreasonable. Robertson J.A. began by considering s. 20 of the *Civil Service Act* and noted that under the ordinary rules of contract, an employer holds the right to dismiss an employee with cause or with reasonable notice or with pay in lieu of notice. Section 20 of the *Civil Service Act* limits the Crown's common law right to dismiss its employees without cause or notice. Robertson J.A. reasoned that s. 97(2.1) of the *PSLRA* applies in principle to non-unionized employees, but that it is only where an employee has been discharged or disciplined *for cause* that an adjudicator may substitute such other penalty as seems just and reasonable in the circumstances. Where the employer elects to dismiss with notice or pay in lieu of notice, however, s. 97(2.1) does not apply. In such circumstances, the employee may only grieve the length of the notice period. The only exception is where the employee alleges that the decision to terminate was based on a prohibited ground of discrimination.

[23] On the issue of procedural fairness, the court found that the appellant exercised his right to grieve, and thus a finding that the duty of fairness had been breached was without legal foundation. The court dismissed the appeal.

II. Issues

[24] At issue, firstly is the approach to be taken in the judicial review of a decision of a particular adjudicative tribunal which was seized of a grievance filed by the appellant after his employment was terminated. This appeal gives us the opportunity to re-examine the foundations of judicial review and the standards of review applicable in various situations.

[25] The second issue involves examining whether the appellant who held an office "at pleasure" in the civil service of New Brunswick, had the right to procedural fairness in the employer's decision to terminate him. On this occasion, we will reassess the rule that has found formal expression in *Knight*.

[22] La Cour d'appel a conclu au regard de la norme de la raisonnabilité *simpliciter* que la décision de l'arbitre était déraisonnable. Le juge Robertson a d'abord examiné l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* et relevé que suivant les règles contractuelles ordinaires, l'employeur pouvait congédier un employé soit pour motif, soit avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu. Cet article limite la faculté que le droit commun confère à l'État de congédier ses employés sans motif ni préavis. Le juge Robertson a estimé que le par. 97(2.1) de la *LRTSP* s'applique en principe aux employés non syndiqués, mais que l'arbitre ne peut substituer une autre peine lui semblant juste et raisonnable dans les circonstances que lorsque l'employé a été congédié ou a fait l'objet d'une mesure disciplinaire *pour motif*. Toutefois, lorsque l'employeur opte pour le congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, le par. 97(2.1) ne s'applique pas. Le seul recours dont dispose alors l'employé consiste à contester le préavis par voie de grief, sauf — et c'est la seule exception — lorsqu'il allègue que le congédiement est fondé sur un motif de discrimination illicite.

[23] Au chapitre de l'équité procédurale, la Cour d'appel a jugé que l'appelant avait exercé son droit de présenter un grief et qu'il n'y avait donc pas eu manquement à l'obligation d'équité procédurale. L'appel a été rejeté.

II. Les questions en litige

[24] La Cour doit d'abord déterminer quelle démarche s'imposait pour le contrôle judiciaire de la décision rendue par l'arbitre saisi du grief présenté par l'appelant après son licenciement. Le présent pourvoi lui donne l'occasion de revoir les fondements du contrôle judiciaire et les normes applicables dans différentes situations.

[25] Elle doit en second lieu se demander si l'appelant, qui était titulaire d'une charge à titre amovible dans la fonction publique du Nouveau-Brunswick, avait droit à ce que son employeur fasse preuve d'équité procédurale en prenant la décision de mettre fin à son emploi. À cet égard, nous réévaluerons la règle formulée dans l'arrêt *Knight*.

[26] The two types of judicial review, on the merits and on the process, are therefore engaged in this case. Our review of the system will therefore be comprehensive, which is preferable since a holistic approach is needed when considering fundamental principles.

III. Issue 1: Review of the Adjudicator's Statutory Interpretation Determination

A. *Judicial Review*

[27] As a matter of constitutional law, judicial review is intimately connected with the preservation of the rule of law. It is essentially that constitutional foundation which explains the purpose of judicial review and guides its function and operation. Judicial review seeks to address an underlying tension between the rule of law and the foundational democratic principle, which finds an expression in the initiatives of Parliament and legislatures to create various administrative bodies and endow them with broad powers. Courts, while exercising their constitutional functions of judicial review, must be sensitive not only to the need to uphold the rule of law, but also to the necessity of avoiding undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures.

[28] By virtue of the rule of law principle, all exercises of public authority must find their source in law. All decision-making powers have legal limits, derived from the enabling statute itself, the common or civil law or the Constitution. Judicial review is the means by which the courts supervise those who exercise statutory powers, to ensure that they do not overstep their legal authority. The function of judicial review is therefore to ensure the legality, the reasonableness and the fairness of the administrative process and its outcomes.

[29] Administrative powers are exercised by decision makers according to statutory regimes that are themselves confined. A decision maker may not exercise authority not specifically assigned to him or her. By acting in the absence of legal authority,

[26] Le présent pourvoi met donc en jeu les deux types de contrôle judiciaire, l'un sur le fond, l'autre sur le plan de la procédure. Notre révision portera donc sur le mécanisme dans son ensemble, ce qui est préférable, car l'examen de principes fondamentaux commande une démarche globale.

III. Premier volet : Contrôle de l'interprétation de la loi par l'arbitre

A. *Le contrôle judiciaire*

[27] Sur le plan constitutionnel, le contrôle judiciaire est intimement lié au maintien de la primauté du droit. C'est essentiellement cette assise constitutionnelle qui explique sa raison d'être et oriente sa fonction et son application. Le contrôle judiciaire s'intéresse à la tension sous-jacente à la relation entre la primauté du droit et le principe démocratique fondamental, qui se traduit par la prise de mesures législatives pour créer divers organismes administratifs et les investir de larges pouvoirs. Lorsqu'elles s'acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d'éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur.

[28] La primauté du droit veut que tout exercice de l'autorité publique procède de la loi. Tout pouvoir décisionnel est légalement circonscrit par la loi habilitante, la common law, le droit civil ou la Constitution. Le contrôle judiciaire permet aux cours de justice de s'assurer que les pouvoirs légaux sont exercés dans les limites fixées par le législateur. Il vise à assurer la légalité, la rationalité et l'équité du processus administratif et de la décision rendue.

[29] Les décideurs administratifs exercent leurs pouvoirs dans le cadre de régimes législatifs qui sont eux-mêmes délimités. Ils ne peuvent exercer de pouvoirs qui ne leur sont pas expressément conférés. S'ils agissent sans autorisation légale,

the decision maker transgresses the principle of the rule of law. Thus, when a reviewing court considers the scope of a decision-making power or the jurisdiction conferred by a statute, the standard of review analysis strives to determine what authority was intended to be given to the body in relation to the subject matter. This is done within the context of the courts' constitutional duty to ensure that public authorities do not overreach their lawful powers: *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at p. 234; also *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 21.

[30] In addition to the role judicial review plays in upholding the rule of law, it also performs an important constitutional function in maintaining legislative supremacy. As noted by Justice Thomas Cromwell, "the rule of law is affirmed by assuring that the courts have the final say on the jurisdictional limits of a tribunal's authority; second, legislative supremacy is affirmed by adopting the principle that the concept of jurisdiction should be narrowly circumscribed and defined according to the intent of the legislature in a contextual and purposeful way; third, legislative supremacy is affirmed and the court-centric conception of the rule of law is reined in by acknowledging that the courts do not have a monopoly on deciding all questions of law" ("Appellate Review: Policy and Pragmatism", in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*, V-1, at p. V-12). In essence, the rule of law is maintained because the courts have the last word on jurisdiction, and legislative supremacy is assured because determining the applicable standard of review is accomplished by establishing legislative intent.

[31] The legislative branch of government cannot remove the judiciary's power to review actions and decisions of administrative bodies for compliance with the constitutional capacities of the government. Even a privative clause, which provides a strong indication of legislative intent, cannot be determinative in this respect (*Executors of the Woodward Estate v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120, at

ils portent atteinte au principe de la primauté du droit. C'est pourquoi lorsque la cour de révision se penche sur l'étendue d'un pouvoir décisionnel ou de la compétence accordée par la loi, l'analyse relative à la norme de contrôle vise à déterminer quel pouvoir le législateur a voulu donner à l'organisme en la matière. Elle le fait dans le contexte de son obligation constitutionnelle de veiller à la légalité de l'action administrative : *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 234; également, *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 21.

[30] Non seulement le contrôle judiciaire contribue au respect de la primauté du droit, mais il joue un rôle constitutionnel important en assurant la suprématie législative. Comme l'a fait observer le juge Thomas Cromwell, [TRADUCTION] « la primauté du droit est consacrée par le pouvoir d'une cour de justice de statuer en dernier ressort sur l'étendue de la compétence d'un tribunal administratif, par l'application du principe selon lequel il convient de bien délimiter la compétence et de bien la définir, en fonction de l'intention du législateur, d'une manière à la fois contextuelle et téléologique, ainsi que par la reconnaissance du fait que les cours de justice n'ont pas le pouvoir exclusif de statuer sur toutes les questions de droit, ce qui tempère la conception judiciarisée de la primauté du droit » (« Appellate Review : Policy and Pragmatism », dans *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*, V-1, p. V-12). Essentiellement, la primauté du droit est assurée par le dernier mot qu'ont les cours de justice en matière de compétence, et la suprématie législative, par la détermination de la norme de contrôle applicable en fonction de l'intention du législateur.

[31] L'organe législatif du gouvernement ne peut supprimer le pouvoir judiciaire de s'assurer que les actes et les décisions d'un organisme administratif sont conformes aux pouvoirs constitutionnels du gouvernement. Même si elle est révélatrice de l'intention du législateur, la clause privative ne saurait être décisive à cet égard (*Succession Woodward c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120, p. 127).

p. 127). The inherent power of superior courts to review administrative action and ensure that it does not exceed its jurisdiction stems from the judicature provisions in ss. 96 to 101 of the *Constitution Act, 1867*: *Crevier*. As noted by Beetz J. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1090, "[t]he role of the superior courts in maintaining the rule of law is so important that it is given constitutional protection". In short, judicial review is constitutionally guaranteed in Canada, particularly with regard to the definition and enforcement of jurisdictional limits. As Laskin C.J. explained in *Crevier*:

> Where . . . questions of law have been specifically covered in a privative enactment, this Court, as in *Farrah*, has not hesitated to recognize this limitation on judicial review as serving the interests of an express legislative policy to protect decisions of adjudicative agencies from external correction. Thus, it has, in my opinion, balanced the competing interests of a provincial Legislature in its enactment of substantively valid legislation and of the courts as ultimate interpreters of the *British North America Act* and s. 96 thereof. The same considerations do not, however, apply to issues of jurisdiction which are not far removed from issues of constitutionality. It cannot be left to a provincial statutory tribunal, in the face of s. 96, to determine the limits of its own jurisdiction without appeal or review. [pp. 237-38]

See also D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at p. 50.

[32] Despite the clear, stable constitutional foundations of the system of judicial review, the operation of judicial review in Canada has been in a constant state of evolution over the years, as courts have attempted to devise approaches to judicial review that are both theoretically sound and effective in practice. Despite efforts to refine and clarify it, the present system has proven to be difficult to implement. The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable.

Le pourvoir inhérent d'une cour supérieure de contrôler les actes de l'Administration et de s'assurer que celle-ci n'outrepasse pas les limites de sa compétence tire sa source des art. 96 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* portant sur la magistrature : arrêt *Crevier*. Comme l'a dit le juge Beetz dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1090, « [l]e rôle des cours supérieures dans le maintien de la légalité est si important qu'il bénéficie d'une protection constitutionnelle ». En résumé, le contrôle judiciaire bénéficie de la protection constitutionnelle au Canada, surtout lorsqu'il s'agit de définir les limites de la compétence et de les faire respecter. Le juge en chef Laskin l'a expliqué dans l'arrêt *Crevier* :

> [Q]uand la disposition privative englobe spécifiquement les questions de droit, cette Cour n'a pas hésité, comme dans l'arrêt *Farrah*, à reconnaître que cette limitation du contrôle judiciaire favorise une politique législative explicite qui veut protéger les décisions des organismes judiciaires contre la rectification externe. La Cour a ainsi, à mon avis, maintenu l'équilibre entre les objectifs contradictoires du législateur provincial de voir confirmer la validité quant au fond des lois qu'il a adoptées et ceux des tribunaux d'être les interprètes en dernier ressort de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et de son art. 96. Les mêmes considérations ne s'appliquent cependant pas aux questions de compétence qui ne sont pas très éloignées des questions de constitutionnalité. Il ne peut être accordé à un tribunal créé par une loi provinciale, à cause de l'art. 96, de définir les limites de sa propre compétence sans appel ni révision. [p. 237-238]

Voir aussi D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 50.

[32] Ses assises constitutionnelles claires et stables n'ont pas empêché le contrôle judiciaire de connaître une évolution constante au Canada, les cours de justice s'efforçant au fil des ans de concevoir une démarche tout autant valable sur le plan théorique qu'efficace en pratique. Malgré les efforts pour l'améliorer et le clarifier, le mécanisme actuel s'est révélé difficile à appliquer. Le temps est venu de revoir le contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada et d'établir un cadre d'analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel.

[33] Although the instant appeal deals with the particular problem of judicial review of the decisions of an adjudicative tribunal, these reasons will address first and foremost the structure and characteristics of the system of judicial review as a whole. In the wake of *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, and *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, it has become apparent that the present system must be simplified. The comments of LeBel J. in *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86, at paras. 190 and 195, questioning the applicability of the "pragmatic and functional approach" to the decisions and actions of all kinds of administrative actors, illustrated the need for change.

B. *Reconsidering the Standards of Judicial Review*

[34] The current approach to judicial review involves three standards of review, which range from correctness, where no deference is shown, to patent unreasonableness, which is most deferential to the decision maker, the standard of reasonableness *simpliciter* lying, theoretically, in the middle. In our view, it is necessary to reconsider both the number and definitions of the various standards of review, and the analytical process employed to determine which standard applies in a given situation. We conclude that there ought to be two standards of review — correctness and reasonableness.

[35] The existing system of judicial review has its roots in several landmark decisions beginning in the late 1970s in which this Court developed the theory of substantive review to be applied to determinations of law, and determinations of fact and of mixed law and fact made by administrative tribunals. In *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979]

[33] Même si le présent pourvoi porte plus particulièrement sur le contrôle judiciaire d'une décision arbitrale, dans les présents motifs, la Cour se penche avant tout sur l'architecture et les caractéristiques du mécanisme de contrôle judiciaire dans son ensemble. À la suite des arrêts *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, et *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, il est devenu apparent que le mécanisme actuel devait être simplifié. Les observations du juge LeBel dans l'arrêt *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86, par. 190 et 195, mettant en doute l'applicabilité de l'« approche pragmatique et fonctionnelle » aux décisions et aux mesures de tous les genres d'organisme administratif, font ressortir la nécessité d'une réévaluation.

B. *Repenser les normes de contrôle judiciaire*

[34] À l'heure actuelle, le contrôle judiciaire s'effectue en fonction de trois normes : celle de la décision correcte, qui n'appelle aucune déférence, celle du caractère manifestement déraisonnable, qui commande la plus grande déférence, et celle du caractère raisonnable *simpliciter*, qui se situe théoriquement à mi-chemin entre les deux. Il s'impose, selon nous, de repenser tant le nombre que la teneur des normes de contrôle, ainsi que la démarche analytique qui préside à la détermination de la norme applicable. Nous sommes d'avis qu'il ne devrait y avoir que deux normes de contrôle, celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable.

[35] Le mécanisme actuel de contrôle judiciaire est issu d'arrêts de principe rendus à partir de la fin des années 1970. La Cour y a élaboré la théorie de l'examen approfondi des conclusions de droit, de fait ou mixtes de droit et de fait tirées par les tribunaux administratifs. Dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979]

2 S.C.R. 227 ("*CUPE*"), Dickson J. introduced the idea that, depending on the legal and administrative contexts, a specialized administrative tribunal with particular expertise, which has been given the protection of a privative clause, if acting within its jurisdiction, could provide an interpretation of its enabling legislation that would be allowed to stand unless "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review" (p. 237). Prior to *CUPE*, judicial review followed the "preliminary question doctrine", which inquired into whether a tribunal had erred in determining the scope of its jurisdiction. By simply branding an issue as "jurisdictional", courts could replace a decision of the tribunal with one they preferred, often at the expense of a legislative intention that the matter lie in the hands of the administrative tribunal. *CUPE* marked a significant turning point in the approach of courts to judicial review, most notably in Dickson J.'s warning 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). Dickson J.'s policy of judicial respect for administrative decision making marked the beginning of the modern era of Canadian administrative law.

[36] *CUPE* did not do away with correctness review altogether and in *Bibeault*, the Court affirmed that there are still questions on which a tribunal must be correct. As Beetz J. explained, "the jurisdiction conferred on administrative tribunals and other bodies created by statute is limited, and . . . such a tribunal cannot by a misinterpretation of an enactment assume a power not given to it by the legislator" (p. 1086). *Bibeault* introduced the concept of a "pragmatic and functional analysis" to determine the jurisdiction of a tribunal, abandoning the "preliminary question" theory. In arriving at the appropriate standard of review, courts were to consider a number of factors including the wording of the provision conferring jurisdiction on the tribunal, the purpose of the enabling statute, the reason for the existence of the tribunal, the expertise of its

2 R.C.S. 227 (« *SCFP* »), le juge Dickson a lancé l'idée que, selon les contextes juridiques et administratifs, le tribunal administratif spécialisé jouissant d'une expertise particulière et bénéficiant de la protection d'une clause privative pouvait, s'il n'outrepassait pas sa compétence, proposer une interprétation de sa loi habilitante qui serait jugée valable à moins qu'elle ne soit « déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire » (p. 237). Avant cet arrêt, la « doctrine de la condition préalable » était appliquée en matière de contrôle judiciaire et s'attachait au bien-fondé de la décision du tribunal administratif concernant l'étendue de sa compétence. La cour de révision pouvait alors substituer à la décision de l'organisme celle qu'elle jugeait préférable, sous prétexte que la question soulevée avait trait à la « compétence », faisant souvent fi de l'intention du législateur de s'en remettre au tribunal administratif. L'arrêt *SCFP*, et surtout la mise en garde du juge Dickson invitant les tribunaux judiciaires à « 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), a constitué un point tournant dans la conception du contrôle judiciaire. Le respect du processus décisionnel administratif préconisé par le juge Dickson a marqué le début de l'ère moderne du droit administratif canadien.

[36] Cependant, l'arrêt *SCFP* n'a pas totalement écarté l'examen suivant la norme de la décision correcte; dans l'arrêt *Bibeault*, la Cour a rappelé qu'il demeurait des questions qu'un tribunal administratif devait trancher correctement. Comme l'a expliqué le juge Beetz, « la compétence conférée aux tribunaux administratifs et à d'autres organismes créés par la loi [est] limitée, et [. . .] un tel tribunal ne [peut], par une interprétation erronée d'une disposition de loi, s'arroger un pouvoir que le législateur ne lui a pas donné » (p. 1086). L'arrêt *Bibeault* a introduit la notion d'« analyse pragmatique et fonctionnelle » pour déterminer la compétence d'un tribunal administratif et marqué l'abandon de la théorie « de la condition préalable ». Pour arriver à la bonne norme de contrôle, les cours de justice devaient tenir compte de divers éléments,

members, and the nature of the problem (p. 1088). The new approach would put "renewed emphasis on the superintending and reforming function of the superior courts" (p. 1090). The "pragmatic and functional analysis", as it came to be known, was later expanded to determine the appropriate degree of deference in respect of various forms of administrative decision making.

[37] In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, a third standard of review was introduced into Canadian administrative law. The legislative context of that case, which provided a statutory right of appeal from the decision of a specialized tribunal, suggested that none of the existing standards was entirely satisfactory. As a result, the reasonableness *simpliciter* standard was introduced. It asks whether the tribunal's decision was reasonable. If so, the decision should stand; if not, it must fall. In *Southam*, Iacobucci J. described an unreasonable decision as one that "is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination" (para. 56) and explained that the difference between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* is the "immediacy" or "obviousness" of the defect in the tribunal's decision (para. 57). The defect will appear on the face of a patently unreasonable decision, but where the decision is merely unreasonable, it will take a searching review to find the defect.

[38] The three standards of review have since remained in Canadian administrative law, the approach to determining the appropriate standard of review having been refined in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982.

[39] The operation of three standards of review has not been without practical and theoretical difficulties, neither has it been free of criticism. One major problem lies in distinguishing between the

dont le libellé de la disposition conférant la compétence, l'objet de la loi habilitante, la raison d'être du tribunal administratif, l'expertise de ses membres et la nature du problème (p. 1088). La nouvelle approche mettait « de nouveau l'accent sur le rôle de contrôle et de surveillance joué par les cours supérieures » (p. 1090). L'« analyse pragmatique et fonctionnelle » a vu sa portée s'accroître ensuite pour englober la détermination du degré de déférence que commandaient les différents types de décision administrative.

[37] Dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, la Cour a introduit une troisième norme de contrôle dans le droit administratif canadien. Dans cette affaire, le contexte législatif — existence d'un droit d'appel de la décision d'un tribunal spécialisé —, donnait à penser qu'aucune des normes existantes ne convenait parfaitement. D'où l'adoption de la norme du caractère raisonnable *simpliciter*, qui consiste à déterminer si la décision est raisonnable. Dans l'affirmative, la décision demeure, dans la négative, elle est annulée. Dans l'arrêt *Southam*, le juge Iacobucci a écrit au sujet de la décision déraisonnable qu'elle « n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé » (par. 56). Il a expliqué que la différence entre la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter* réside dans le « caractère flagrant ou évident » du défaut entachant la décision du tribunal administratif (par. 57). Dans le cas d'une décision manifestement déraisonnable, le défaut est manifeste, alors que dans celui d'une décision seulement déraisonnable, il faut un examen approfondi pour le déceler.

[38] Les trois normes de contrôle font partie du droit administratif canadien depuis lors, et le mode de détermination de la norme applicable a été précisé dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

[39] L'application de trois normes de contrôle n'a pas manqué de poser des difficultés d'ordre pratique et théorique, et aucune n'a échappé à la critique. Il est particulièrement difficile de distinguer la

patent unreasonableness standard and the reasonableness *simpliciter* standard. The difficulty in distinguishing between those standards contributes to the problem of choosing the right standard of review. An even greater problem lies in the application of the patent unreasonableness standard, which at times seems to require parties to accept an unreasonable decision.

[40] The definitions of the patent unreasonableness standard that arise from the case law tend to focus on the magnitude of the defect and on the immediacy of the defect (see *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, at para. 78, *per* LeBel J.). Those two hallmarks of review under the patent unreasonableness standard have been used consistently in the jurisprudence to distinguish it from review under the standard of reasonableness *simpliciter*. As it had become clear that, after *Southam*, lower courts were struggling with the conceptual distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, Iacobucci J., writing for the Court in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, attempted to bring some clarity to the issue. He explained the different operations of the two deferential standards as follows, at paras. 52-53:

> [A] patently unreasonable defect, once identified, can be explained simply and easily, leaving no real possibility of doubting that the decision is defective. A patently unreasonable decision has been described as "clearly irrational" or "evidently not in accordance with reason" . . . . A decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand.
>
> A decision may be unreasonable without being patently unreasonable when the defect in the decision is less obvious and might only be discovered after "significant searching or testing" (*Southam*, *supra*, at para. 57). Explaining the defect may require a detailed exposition to show that there are no lines of reasoning supporting the decision which could reasonably lead that tribunal to reach the decision it did.

[41] As discussed by LeBel J. at length in *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, notwithstanding the increased

norme de la décision manifestement déraisonnable de celle de la décision raisonnable *simpliciter*, ce qui ajoute au problème du choix de la bonne norme. L'application de la norme du caractère manifestement déraisonnable est encore plus problématique en ce qu'elle paraît parfois imposer aux parties une décision déraisonnable.

[40] La définition jurisprudentielle de la décision manifestement déraisonnable met généralement l'accent sur l'importance du défaut et sur son caractère flagrant (voir l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, par. 78, le juge LeBel). Les cours de justice se sont toujours fondées sur ces deux caractéristiques pour la distinguer de la décision raisonnable *simpliciter*. Après l'arrêt *Southam*, il était apparu clairement que la distinction conceptuelle entre les deux normes n'allait pas de soi pour les juridictions inférieures. Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, s'exprimant au nom de la Cour, le juge Iacobucci a donc tenté de clarifier la question en précisant le fonctionnement de chacune des deux normes commandant la déférence (par. 52-53) :

> [D]ès qu'un défaut manifestement déraisonnable a été relevé, il peut être expliqué simplement et facilement, de façon à écarter toute possibilité réelle de douter que la décision est viciée. La décision manifestement déraisonnable a été décrite comme étant « clairement irrationnelle » ou « de toute évidence non conforme à la raison » [. . .] Une décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir.
>
> Une décision peut être déraisonnable sans être manifestement déraisonnable lorsque le défaut dans la décision est moins évident et qu'il ne peut être décelé qu'après « un examen ou . . . une analyse en profondeur » (*Southam*, précité, par. 57). L'explication du défaut peut exiger une explication détaillée pour démontrer qu'aucun des raisonnements avancés pour étayer la décision ne pouvait raisonnablement amener le tribunal à rendre la décision prononcée.

[41] Comme le juge LeBel en fait longuement état dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, malgré

clarity that *Ryan* brought to the issue and the theoretical differences between the standards of patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, a review of the cases reveals that any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory (see also the comments of Abella J. in *Council of Canadians with Disabilities v. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, 2007 SCC 15, at paras. 101-3). Indeed, even this Court divided when attempting to determine whether a particular decision was "patently unreasonable", although this should have been self-evident under the existing test (see *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*). This result is explained by the fact that both standards are based on the idea that there might be multiple valid interpretations of a statutory provision or answers to a legal dispute and that courts ought not to interfere where the tribunal's decision is rationally supported. Looking to either the magnitude or the immediacy of the defect in the tribunal's decision provides no meaningful way in practice of distinguishing between a patently unreasonable and an unreasonable decision. As Mullan has explained:

> [T]o maintain a position that it is only the "clearly irrational" that will cross the threshold of patent unreasonableness while irrationality *simpliciter* will not is to make a nonsense of the law. Attaching the adjective "clearly" to irrational is surely a tautology. Like "uniqueness", irrationality either exists or it does not. There cannot be shades of irrationality.
>
> See D. J. Mullan, "Recent Developments in Standard of Review", in Canadian Bar Association (Ontario), *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (2000), at p. 25.

[42] Moreover, even if one could conceive of a situation in which a clearly or highly irrational decision were distinguishable from a merely irrational decision, it would be unpalatable to require parties to accept an irrational decision simply because, on a deferential standard, the irrationality of the decision is not clear *enough*. It is also inconsistent with the rule of law to retain an irrational decision. As

les éclaircissements de la Cour dans l'arrêt *Ryan*, notamment au chapitre des différences théoriques entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable *simpliciter*, il appert de la jurisprudence que toute différence réelle sur le plan de l'application se révèle illusoire (voir également les remarques de la juge Abella dans l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, 2007 CSC 15, par. 101-103). D'ailleurs, dans l'affaire *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, même les juges de la Cour ont été partagés quant à savoir si la décision en cause était « manifestement déraisonnable », alors que la réponse aurait dû être évidente suivant le test applicable. Le phénomène s'explique par le fait que les deux normes s'appuient sur l'idée qu'une disposition législative peut donner lieu à plus d'une interprétation valable, et un litige, à plus d'une solution, et que la cour de révision doit se garder d'intervenir lorsque la décision administrative a un fondement rationnel. Dans les faits, ni l'importance du défaut entachant la décision ni son caractère flagrant ne permettent vraiment de distinguer une décision manifestement déraisonnable d'une décision déraisonnable. Comme le précise Mullan :

> [TRADUCTION] [S]outenir que seule la décision « clairement irrationnelle » est manifestement déraisonnable, à l'exclusion de celle qui est irrationnelle *simpliciter*, vide de sens la règle de droit. Rattacher l'adverbe « clairement » à l'adjectif « irrationnelle » est certes une tautologie. Tout comme l'« unicité », l'irrationalité est ou n'est pas. Une décision ne peut être un peu irrationnelle.
>
> Voir D. J. Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », dans l'Association du Barreau canadien (Ontario), *Taking the Tribunal to Court : A Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (2000), p. 25.

[42] En outre, même si l'on pouvait concevoir le cas où une décision clairement ou particulièrement irrationnelle se distinguerait d'une décision simplement irrationnelle, il répugnerait à la justice que les parties doivent se soumettre à une décision irrationnelle pour la seule raison que l'irrationalité n'est pas *assez* évidente suivant une norme appelant la déférence. Le maintien d'une décision

LeBel J. explained in his concurring reasons in *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 108:

> In the end, the essential question remains the same under both standards: was the decision of the adjudicator taken in accordance with reason? Where the answer is no, for instance because the legislation in question cannot rationally support the adjudicator's interpretation, the error will invalidate the decision, regardless of whether the standard applied is reasonableness *simpliciter* or patent unreasonableness . . . .

See also *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23, at paras. 40-41, *per* LeBel J.

C. *Two Standards of Review*

[43] The Court has moved from a highly formalistic, artificial "jurisdiction" test that could easily be manipulated, to a highly contextual "functional" test that provides great flexibility but little real on-the-ground guidance, and offers too many standards of review. What is needed is a test that offers guidance, is not formalistic or artificial, and permits review where justice requires it, but not otherwise. A simpler test is needed.

(1) Defining the Concepts of Reasonabless and Correctness

[44] As explained above, the patent unreasonableness standard was developed many years prior to the introduction of the reasonableness *simpliciter* standard in *Southam*. The intermediate standard was developed to respond to what the Court viewed as problems in the operation of judicial review in Canada, particularly the perceived all-or-nothing approach to deference, and in order to create a more finely calibrated system of judicial review (see also L. Sossin and C. M. Flood, "The Contextual Turn: Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law" (2007), 57 *U.T.L.J.* 581). However, the analytical problems that arise in trying to apply the different standards undercut any conceptual usefulness created by the inherently

irrationnelle va aussi à l'encontre de la primauté du droit. Comme l'a expliqué le juge LeBel dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, au par. 108 de ses motifs concordants :

> En fin de compte, la question essentielle demeure la même pour les deux normes : la décision du tribunal est-elle conforme à la raison? Si la réponse est négative du fait que, par exemple, les dispositions en cause ne peuvent rationnellement appuyer l'interprétation du tribunal, l'erreur entraîne l'invalidation de la décision, que la norme appliquée soit celle du raisonnable *simpliciter* ou du manifestement déraisonnable . . .

Voir également *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23, par. 40-41, le juge LeBel.

C. *Deux normes de contrôle*

[43] La Cour est passée d'un test d'emploi aisé axé sur la « compétence », à la fois artificiel et très formaliste, à un test fortement contextuel axé sur le caractère « fonctionnel », qui offre une grande souplesse, mais peu de repères concrets, et qui emporte l'application d'un trop grand nombre de normes de contrôle. Il nous faut un test qui oriente bien la démarche, qui ne soit ni formaliste ni artificiel, et qui ne permette le contrôle que lorsque la justice l'exige. La démarche doit être simplifiée.

(1) Définir les notions de décision raisonnable et de décision correcte

[44] Nous rappelons que la norme intermédiaire de la raisonnabilité *simpliciter* a été formulée dans l'arrêt *Southam* de nombreuses années après celle du manifestement déraisonnable. Elle visait à remédier aux problèmes que voyait la Cour dans le fonctionnement du contrôle judiciaire au Canada, notamment le tout ou rien apparent en matière de déférence, et à moduler davantage le mécanisme de révision (voir également L. Sossin et C. M. Flood, « The Contextual Turn : Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law » (2007), 57 *U.T.L.J.* 581). Toutefois, les difficultés analytiques soulevées par l'application des différentes normes réduisent à néant toute utilité conceptuelle découlant de la plus grande souplesse propre

greater flexibility of having multiple standards of review. Though we are of the view that the three-standard model is too difficult to apply to justify its retention, now, several years after *Southam*, we believe that it would be a step backwards to simply remove the reasonableness *simpliciter* standard and revert to pre-*Southam* law. As we see it, the problems that *Southam* attempted to remedy with the introduction of the intermediate standard are best addressed not by three standards of review, but by two standards, defined appropriately.

[45] We therefore conclude that the two variants of reasonableness review should be collapsed into a single form of "reasonableness" review. The result is a system of judicial review comprising two standards — correctness and reasonableness. But the revised system cannot be expected to be simpler and more workable unless the concepts it employs are clearly defined.

[46] What does this revised reasonableness standard mean? Reasonableness is one of the most widely used and yet most complex legal concepts. In any area of the law we turn our attention to, we find ourselves dealing with the reasonable, reasonableness or rationality. But what is a reasonable decision? How are reviewing courts to identify an unreasonable decision in the context of administrative law and, especially, of judicial review?

[47] Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of

à l'existence de normes de contrôle multiples. Même si nous sommes d'avis que le modèle des trois normes est trop difficile à appliquer pour que son maintien soit justifié, nous estimons qu'aujourd'hui, plusieurs années après l'arrêt *Southam*, supprimer simplement la norme de la raisonnabilité *simpliciter* et revenir à l'état antérieur à cet arrêt constituerait un recul. Selon nous, la solution aux problèmes que la Cour a tenté de résoudre dans l'arrêt *Southam* en introduisant la norme intermédiaire réside dans l'application non pas de trois, mais de deux normes, convenablement circonscrites.

[45] Nous concluons donc qu'il y a lieu de fondre en une seule les deux normes de raisonnabilité. Il en résulte un mécanisme de contrôle judiciaire emportant l'application de deux normes — celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable. Or, la nouvelle approche ne sera plus simple et plus facile à appliquer que si les concepts auxquels elle fait appel sont bien définis.

[46] En quoi consiste cette nouvelle norme de la raisonnabilité? Bien que la raisonnabilité figure parmi les notions juridiques les plus usitées, elle est l'une des plus complexes. La question de ce qui est raisonnable, de la raisonnabilité ou de la rationalité nous interpelle dans tous les domaines du droit. Mais qu'est-ce qu'une décision raisonnable? Comment la cour de révision reconnaît-elle une décision déraisonnable dans le contexte du droit administratif et, plus particulièrement, dans celui du contrôle judiciaire?

[47] La norme déférente du caractère raisonnable procède du principe à l'origine des deux normes antérieures de raisonnabilité : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à

justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

[48] The move towards a single reasonableness standard does not pave the way for a more intrusive review by courts and does not represent a return to pre-*Southam* formalism. In this respect, the concept of deference, so central to judicial review in administrative law, has perhaps been insufficiently explored in the case law. What does deference mean in this context? Deference is both an attitude of the court and a requirement of the law of judicial review. It does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts must show blind reverence to their interpretations, or that they may be content to pay lip service to the concept of reasonableness review while in fact imposing their own view. Rather, deference imports respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law. The notion of deference "is rooted in part in a respect for governmental decisions to create administrative bodies with delegated powers" (*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 596, *per* L'Heureux-Dubé J., dissenting). We agree with David Dyzenhaus where he states that the concept of "deference as respect" requires of the courts "not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision": "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286 (quoted with approval in *Baker*, at para. 65, *per* L'Heureux-Dubé J.; *Ryan*, at para. 49).

[49] Deference in the context of the reasonableness standard therefore implies that courts will give due consideration to the determinations of decision makers. As Mullan explains, a policy of deference "recognizes the reality that, in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree

l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[48] L'application d'une seule norme de raisonnabilité n'ouvre pas la voie à une plus grande immixtion judiciaire ni ne constitue un retour au formalisme d'avant l'arrêt *Southam*. À cet égard, les décisions judiciaires n'ont peut-être pas exploré suffisamment la notion de déférence, si fondamentale au contrôle judiciaire en droit administratif. Que faut-il entendre par déférence dans ce contexte? C'est à la fois une attitude de la cour et une exigence du droit régissant le contrôle judiciaire. Il ne s'ensuit pas que les cours de justice doivent s'incliner devant les conclusions des décideurs ni qu'elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations. Elles ne peuvent pas non plus invoquer la notion de raisonnabilité pour imposer dans les faits leurs propres vues. La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit. Elle « repose en partie sur le respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués » : *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 596, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente. Nous convenons avec David Dyzenhaus que la notion de [TRADUCTION] « retenue au sens de respect » n'exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] « la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision » : « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286 (cité avec approbation par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker*, par. 65; *Ryan*, par. 49).

[49] La déférence inhérente à la norme de la raisonnabilité implique donc que la cour de révision tienne dûment compte des conclusions du décideur. Comme l'explique Mullan, le principe de la déférence [TRADUCTION] « reconnaît que dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l'application de régimes administratifs souvent complexes possèdent

of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime": D. J. Mullan, "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93. In short, deference requires respect for the legislative choices to leave some matters in the hands of administrative decision makers, for the processes and determinations that draw on particular expertise and experiences, and for the different roles of the courts and administrative bodies within the Canadian constitutional system.

[50] As important as it is that courts have a proper understanding of reasonableness review as a deferential standard, it is also without question that the standard of correctness must be maintained in respect of jurisdictional and some other questions of law. This promotes just decisions and avoids inconsistent and unauthorized application of law. When applying the correctness standard, a reviewing court will not show deference to the decision maker's reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question. The analysis will bring the court to decide whether it agrees with the determination of the decision maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. From the outset, the court must ask whether the tribunal's decision was correct.

(2) Determining the Appropriate Standard of Review

[51] Having dealt with the nature of the standards of review, we now turn our attention to the method for selecting the appropriate standard in individual cases. As we will now demonstrate, questions of fact, discretion and policy as well as questions where the legal issues cannot be easily separated from the factual issues generally attract a standard of reasonableness while many legal issues attract a standard of correctness. Some legal issues, however, attract the more deferential standard of reasonableness.

ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l'égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » : D. J. Mullan, « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93. La déférence commande en somme le respect de la volonté du législateur de s'en remettre, pour certaines choses, à des décideurs administratifs, de même que des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d'une cour de justice et celles d'un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien.

[50] S'il importe que les cours de justice voient dans la raisonnabilité le fondement d'une norme empreinte de déférence, il ne fait par ailleurs aucun doute que la norme de la décision correcte doit continuer de s'appliquer aux questions de compétence et à certaines autres questions de droit. On favorise ainsi le prononcé de décisions justes tout en évitant l'application incohérente et irrégulière du droit. La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n'acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne.

(2) Détermination de la bonne norme de contrôle

[51] Après avoir examiné la nature des normes de contrôle, nous nous penchons maintenant sur le mode de détermination de la norme applicable dans un cas donné. Nous verrons qu'en présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, et lorsque le droit et les faits ne peuvent être aisément dissociés, la norme de la raisonnabilité s'applique généralement. De nombreuses questions de droit commandent l'application de la norme de la décision correcte, mais certaines d'entre elles sont assujetties à la norme plus déférente de la raisonnabilité.

[52] The existence of a privative or preclusive clause gives rise to a strong indication of review pursuant to the reasonableness standard. This conclusion is appropriate because a privative clause is evidence of Parliament or a legislature's intent that an administrative decision maker be given greater deference and that interference by reviewing courts be minimized. This does not mean, however, that the presence of a privative clause is determinative. The rule of law requires that the constitutional role of superior courts be preserved and, as indicated above, neither Parliament nor any legislature can completely remove the courts' power to review the actions and decisions of administrative bodies. This power is constitutionally protected. Judicial review is necessary to ensure that the privative clause is read in its appropriate statutory context and that administrative bodies do not exceed their jurisdiction.

[52] L'existence d'une clause privative milite clairement en faveur d'un contrôle suivant la norme de la raisonnabilité. En effet, elle atteste la volonté du législateur que les décisions du décideur administratif fassent l'objet de plus de déférence et que le contrôle judiciaire soit minimal. Cependant, elle n'est pas déterminante. La primauté du droit exige des cours supérieures qu'elles s'acquittent de leur rôle constitutionnel et, nous le rappelons, ni le Parlement ni une législature ne peuvent écarter totalement leur pouvoir de contrôler les actes et les décisions des organismes administratifs. Il s'agit d'un pouvoir protégé par la Constitution. Le contrôle judiciaire est nécessaire afin que la clause privative soit interprétée dans le bon contexte législatif et que les organismes administratifs respectent les limites de leurs attributions.

[53] Where the question is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically (*Mossop*, at pp. 599-600; *Dr. Q*, at para. 29; *Suresh*, at paras. 29-30). We believe that the same standard must apply to the review of questions where the legal and factual issues are intertwined with and cannot be readily separated.

[53] En présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s'impose habituellement d'emblée (*Mossop*, p. 599-600; *Dr Q*, par. 29; *Suresh*, par. 29-30). Nous sommes d'avis que la même norme de contrôle doit s'appliquer lorsque le droit et les faits s'entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés.

[54] Guidance with regard to the questions that will be reviewed on a reasonableness standard can be found in the existing case law. Deference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 48; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 39. Deference may also be warranted where an administrative tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context: *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 72. Adjudication in labour law remains a good example of the relevance of this approach. The case law has moved away considerably from the strict position evidenced in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, where it was held that an administrative decision

[54] La jurisprudence actuelle peut être mise à contribution pour déterminer quelles questions emportent l'application de la norme de la raisonnabilité. Lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39. Elle peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 72. L'arbitrage en droit du travail demeure un domaine où cette approche se révèle particulièrement indiquée. La jurisprudence a considérablement évolué depuis l'arrêt *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, et la Cour

maker will always risk having its interpretation of an external statute set aside upon judicial review.

[55] A consideration of the following factors will lead to the conclusion that the decision maker should be given deference and a reasonableness test applied:

- A privative clause: this is a statutory direction from Parliament or a legislature indicating the need for deference.
- A discrete and special administrative regime in which the decision maker has special expertise (labour relations for instance).
- The nature of the question of law. A question of law that is of "central importance to the legal system . . . and outside the . . . specialized area of expertise" of the administrative decision maker will always attract a correctness standard (*Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 62). On the other hand, a question of law that does not rise to this level may be compatible with a reasonableness standard where the two above factors so indicate.

[56] If these factors, considered together, point to a standard of reasonableness, the decision maker's decision must be approached with deference in the sense of respect discussed earlier in these reasons. There is nothing unprincipled in the fact that some questions of law will be decided on the basis of reasonableness. It simply means giving the adjudicator's decision appropriate deference in deciding whether a decision should be upheld, bearing in mind the factors indicated.

[57] An exhaustive review is not required in every case to determine the proper standard of review. Here again, existing jurisprudence may be helpful in identifying some of the questions that generally fall to be determined according to the correctness

s'est dissociée de la position stricte qu'elle y avait adoptée. Dans cette affaire, la Cour avait statué que l'interprétation, par un décideur administratif, d'une autre loi que celle qui le constitue est toujours susceptible d'annulation par voie de contrôle judiciaire.

[55] Les éléments suivants permettent de conclure qu'il y a lieu de déférer à la décision et d'appliquer la norme de la raisonnabilité :

- Une clause privative : elle traduit la volonté du législateur que la décision fasse l'objet de déférence.
- Un régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale (p. ex., les relations de travail).
- La nature de la question de droit. Celle qui revêt « une importance capitale pour le système juridique [et qui est] étrangère au domaine d'expertise » du décideur administratif appelle toujours la norme de la décision correcte (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 62). Par contre, la question de droit qui n'a pas cette importance peut justifier l'application de la norme de la raisonnabilité lorsque sont réunis les deux éléments précédents.

[56] Dans le cas où, ensemble, ces facteurs militent en faveur de la norme de la raisonnabilité, il convient de déférer à la décision en faisant preuve à son endroit du respect mentionné précédemment. Il n'y a rien d'incohérent dans le fait de trancher certaines questions de droit au regard du caractère raisonnable. Il s'agit simplement de confirmer ou non la décision en manifestant la déférence voulue à l'égard de l'arbitre, compte tenu des éléments indiqués.

[57] Il n'est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle. Là encore, la jurisprudence peut permettre de cerner certaines des questions qui appellent généralement l'application de la norme de la

standard (*Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 S.C.R. 672, 2004 SCC 26). This simply means that the analysis required is already deemed to have been performed and need not be repeated.

[58] For example, correctness review has been found to apply to constitutional questions regarding the division of powers between Parliament and the provinces in the *Constitution Act, 1867*: *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322. Such questions, as well as other constitutional issues, are necessarily subject to correctness review because of the unique role of s. 96 courts as interpreters of the Constitution: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; Mullan, *Administrative Law*, at p. 60.

[59] Administrative bodies must also be correct in their determinations of true questions of jurisdiction or *vires*. We mention true questions of *vires* to distance ourselves from the extended definitions adopted before *CUPE*. It is important here to take a robust view of jurisdiction. We neither wish nor intend to return to the jurisdiction/preliminary question doctrine that plagued the jurisprudence in this area for many years. "Jurisdiction" is intended in the narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry. In other words, true jurisdiction questions arise where the tribunal must explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter. The tribunal must interpret the grant of authority correctly or its action will be found to be *ultra vires* or to constitute a wrongful decline of jurisdiction: D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 14-3 to 14-6. An example may be found in *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19. In that case, the issue was whether the City of Calgary was authorized under the relevant municipal acts to enact bylaws limiting the number of taxi plate licences (para. 5, *per* Bastarache J.). That case involved the decision-making powers of a municipality

décision correcte (*Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672, 2004 CSC 26). En clair, l'analyse requise est réputée avoir déjà eu lieu et ne pas devoir être reprise.

[58] À titre d'exemple, il a été établi que la norme de contrôle applicable aux questions touchant au partage des compétences entre le Parlement et les provinces dans la *Loi constitutionnelle de 1867* est celle de la décision correcte : *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322. Il ne pouvait en aller autrement pour ces questions et celles touchant par ailleurs à la Constitution à cause du rôle unique des cours de justice visées à l'art. 96 en tant qu'interprètes de la Constitution (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; Mullan, *Administrative Law*, p. 60).

[59] Un organisme administratif doit également statuer correctement sur une question touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité. Nous mentionnons la question touchant véritablement à la constitutionnalité afin de nous distancier des définitions larges retenues avant l'arrêt *SCFP*. Il importe en l'espèce de considérer la compétence avec rigueur. Loin de nous l'idée de revenir à la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui, dans ce domaine, a pesé sur la jurisprudence pendant de nombreuses années. La « compétence » s'entend au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question. Autrement dit, une véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question. L'interprétation de ces pouvoirs doit être juste, sinon les actes seront tenus pour *ultra vires* ou assimilés à un refus injustifié d'exercer sa compétence : D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 14-3 et 14-6. L'affaire *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19, constitue un bon exemple. Il s'agissait de savoir si les dispositions municipales en cause autorisaient la ville de Calgary à limiter par règlement le

and exemplifies a true question of jurisdiction or *vires*. These questions will be narrow. We reiterate the caution of Dickson J. in *CUPE* that reviewing judges must not brand as jurisdictional issues that are doubtfully so.

[60] As mentioned earlier, courts must also continue to substitute their own view of the correct answer where the question at issue is one of general law "that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise" (*Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 62, *per* LeBel J.). Because of their impact on the administration of justice as a whole, such questions require uniform and consistent answers. Such was the case in *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, which dealt with complex common law rules and conflicting jurisprudence on the doctrines of *res judicata* and abuse of process — issues that are at the heart of the administration of justice (see para. 15, *per* Arbour J.).

[61] Questions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals have also been subject to review on a correctness basis: *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39.

[62] In summary, the process of judicial review involves two steps. First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review.

nombre de permis de taxi délivrés (par. 5, le juge Bastarache). Cette affaire relative aux pouvoirs décisionnels d'une municipalité offre un exemple de véritable question de compétence ou de constitutionnalité. L'examen relatif à l'une et l'autre questions a une portée restreinte. Il convient de rappeler la mise en garde du juge Dickson selon laquelle, en cas de doute, il faut se garder de qualifier un point de question de compétence (*SCFP*).

[60] Rappelons que dans le cas d'une question de droit générale « à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre » (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 62, le juge LeBel), la cour de révision doit également continuer de substituer à la décision rendue celle qu'elle estime constituer la bonne. Pareille question doit être tranchée de manière uniforme et cohérente étant donné ses répercussions sur l'administration de la justice dans son ensemble. C'est ce que la Cour a conclu dans l'affaire *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, où étaient en cause des règles de common law complexes ainsi qu'une jurisprudence contradictoire concernant les doctrines de la chose jugée et de l'abus de procédure, des questions qui jouent un rôle central dans l'administration de la justice (par. 15, la juge Arbour).

[61] La norme de la décision correcte s'est également appliquée à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents : *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39.

[62] Bref, le processus de contrôle judiciaire se déroule en deux étapes. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle.

[63] The existing approach to determining the appropriate standard of review has commonly been referred to as "pragmatic and functional". That name is unimportant. Reviewing courts must not get fixated on the label at the expense of a proper understanding of what the inquiry actually entails. Because the phrase "pragmatic and functional approach" may have misguided courts in the past, we prefer to refer simply to the "standard of review analysis" in the future.

[64] The analysis must be contextual. As mentioned above, it is dependent on the application of a number of relevant factors, including: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; (3) the nature of the question at issue, and; (4) the expertise of the tribunal. In many cases, it will not be necessary to consider all of the factors, as some of them may be determinative in the application of the reasonableness standard in a specific case.

D. *Application*

[65] Returning to the instant appeal and bearing in mind the foregoing discussion, we must determine the standard of review applicable to the adjudicator's interpretation of the *PSLRA*, in particular ss. 97(2.1) and 100.1, and s. 20 of the *Civil Service Act*. That standard of review must then be applied to the adjudicator's decision. In order to determine the applicable standard, we will now examine the factors relevant to the standard of review analysis.

(1) Proper Standard of Review on the Statutory Interpretation Issue

[66] The specific question on this front is whether the combined effect of s. 97(2.1) and s. 100.1 of the *PSLRA* permits the adjudicator to inquire into the employer's reason for dismissing an employee with notice or pay in lieu of notice. This is a question of law. The question to be answered is therefore whether in light of the privative clause, the regime under which the adjudicator acted, and the nature of the question of law involved, a standard of correctness should apply.

[63] L'analyse qui préside actuellement à la détermination de la norme de contrôle applicable est généralement qualifiée de « pragmatique et fonctionnelle ». Cette appellation importe peu, et la cour de révision ne doit pas s'y attacher au détriment de ce qu'exige réellement la démarche. Il se peut qu'elle ait induit les cours de justice en erreur dans le passé. C'est pourquoi, à l'avenir, nous parlerons simplement d'« analyse relative à la norme de contrôle ».

[64] L'analyse doit être contextuelle. Nous rappelons que son issue dépend de l'application d'un certain nombre de facteurs pertinents, dont (1) l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, (2) la raison d'être du tribunal administratif suivant l'interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l'expertise du tribunal administratif. Dans bien des cas, il n'est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d'entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l'application de la norme de la décision raisonnable.

D. *Application*

[65] Forts de ces principes, il nous faut maintenant déterminer la norme de contrôle applicable à l'interprétation de la *LRTSP* par l'arbitre, en particulier le par. 97(2.1) et l'art. 100.1, ainsi que de l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, puis l'appliquer à la décision de l'arbitre. Pour arrêter cette norme, nous examinons ci-après les facteurs pertinents pour l'analyse relative à la norme de contrôle.

(1) La norme de contrôle applicable à l'interprétation législative

[66] La question précise soulevée sur ce point est celle de savoir si, ensemble, le par. 97(2.1) et l'art. 100.1 de la *LRTSP* autorisent l'arbitre à s'enquérir des motifs d'un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu. Il s'agit d'une question de droit. Il nous faut donc déterminer si, à la lumière de la clause privative, du régime habilitant l'arbitre et de la nature de la question de droit en cause, il convient d'appliquer la norme de la décision correcte.

[67] The adjudicator was appointed and empowered under the *PSLRA*; s. 101(1) of that statute contains a full privative clause, stating in no uncertain terms that "every order, award, direction, decision, declaration or ruling of . . . an adjudicator is final and shall not be questioned or reviewed in any court". Section 101(2) adds that "[n]o order shall be made or process entered, and no proceedings shall be taken in any court, whether by way of injunction, judicial review, or otherwise, to question, review, prohibit or restrain . . . an adjudicator in any of its or his proceedings." The inclusion of a full privative clause in the *PSLRA* gives rise to a strong indication that the reasonableness standard of review will apply.

[68] The nature of the regime also favours the standard of reasonableness. This Court has often recognized the relative expertise of labour arbitrators in the interpretation of collective agreements, and counselled that the review of their decisions should be approached with deference: *CUPE*, at pp. 235-36; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079, at para. 58; *Voice Construction*, at para. 22. The adjudicator in this case was, in fact, interpreting his enabling statute. Although the adjudicator was appointed on an *ad hoc* basis, he was selected by the mutual agreement of the parties and, at an institutional level, adjudicators acting under the *PSLRA* can be presumed to hold relative expertise in the interpretation of the legislation that gives them their mandate, as well as related legislation that they might often encounter in the course of their functions. See *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*. This factor also suggests a reasonableness standard of review.

[69] The legislative purpose confirms this view of the regime. The *PSLRA* establishes a time- and cost-effective method of resolving employment disputes. It provides an alternative to judicial determination. Section 100.1 of the *PSLRA* defines the adjudicator's powers in deciding a dispute, but it also provides remedial protection for employees who are not unionized. The remedial nature of s. 100.1 and its provision for timely and binding

[67] L'arbitre a été nommé et investi de pouvoirs en vertu de la *LRTSP*, et le par. 101(1) de celle-ci constitue une clause privative absolue au libellé non équivoque : « toute ordonnance, sentence, directive, décision ou déclaration [. . .] d'un arbitre, est définitive et ne peut être contestée devant aucun tribunal ni révisée par aucun tribunal ». Le paragraphe 101(2) ajoute : « [a]ucune ordonnance ne peut être rendue, aucune action intentée et aucune procédure entamée devant un tribunal, par voie d'injonction, de recours en révision, ou autrement, pour contester, réviser, supprimer ou restreindre les pouvoirs [. . .] d'un arbitre dans l'une quelconque de [ses] procédures ». L'existence d'une clause privative absolue milite clairement en faveur d'un contrôle selon la norme de la raisonnabilité.

[68] La nature du régime est également compatible avec l'application de cette norme. La Cour a maintes fois reconnu l'expertise relative de l'arbitre dans l'interprétation d'une convention collective et préconisé le respect de sa décision à cet égard : *SCFP*, p. 235-236; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079, par. 58; *Voice Construction*, par. 22. En l'espèce, l'arbitre a en fait interprété sa loi habilitante. Il a certes été nommé pour régler le différend, mais les parties l'ont choisi de concert. En outre, sur le plan institutionnel, on peut présumer que les arbitres nommés en vertu de la *LRTSP* possèdent une expertise relative dans l'interprétation de la loi dont ils tiennent leur mandat ainsi que des dispositions législatives connexes qu'ils sont souvent appelés à appliquer dans l'exercice de leurs fonctions. Voir l'arrêt *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*. Ce facteur milite aussi en faveur de la norme de la raisonnabilité.

[69] L'objectif législatif confirme cette interprétation du régime. La *LRTSP* prévoit à l'égard des différends entre employeurs et employés un mode de règlement rapide et peu coûteux permettant d'éviter la voie judiciaire. Son article 100.1 définit les pouvoirs de l'arbitre appelé à régler un différend, mais il offre également une voie de recours à l'employé non syndiqué. L'accent mis sur la réparation et le règlement rapide et exécutoire des différends donne

settlements of disputes also imply that a reasonableness review is appropriate.

[70] Finally, the nature of the legal question at issue is not one that is of central importance to the legal system and outside the specialized expertise of the adjudicator. This also suggests that the standard of reasonableness should apply.

[71] Considering the privative clause, the nature of the regime, and the nature of the question of law here at issue, we conclude that the appropriate standard is reasonableness. We must now apply that standard to the issue considered by the adjudicator in his preliminary ruling.

(2) Was the Adjudicator's Interpretation Unreasonable?

[72] While we are required to give deference to the determination of the adjudicator, considering the decision in the preliminary ruling as a whole, we are unable to accept that it reaches the standard of reasonableness. The reasoning process of the adjudicator was deeply flawed. It relied on and led to a construction of the statute that fell outside the range of admissible statutory interpretations.

[73] The adjudicator considered the New Brunswick Court of Appeal decision in *Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills* as well as amendments made to the *PSLRA* in 1990 (S.N.B. 1990, c. 30). Under the former version of the Act, an employee could grieve "with respect to . . . disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty" (s. 92(1)). The amended legislation grants the right to grieve "with respect to discharge, suspension or a financial penalty" (*PSLRA*, s. 100.1(2)). The adjudicator reasoned that the referential incorporation of s. 97(2.1) in s. 100.1(5) "necessarily means that an adjudicator has jurisdiction to make the determination described in subsection 97(2.1), i.e. that an employee has been discharged or otherwise disciplined for cause" (p. 5). He further stated that an employer "cannot avoid an inquiry into its real reasons for a discharge, or exclude resort to subsection 97(2.1), by simply stating that cause is not alleged" (*ibid.* (emphasis added)). The

à penser qu'un contrôle au regard de la norme de la raisonnabilité est indiqué.

[70] Enfin, de par sa nature, la question de droit en cause ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique et n'est pas étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre, ce qui favorise encore le critère de la raisonnabilité.

[71] Compte tenu de la clause privative, de la nature du régime et de celle de la question de droit soulevée, nous arrivons à la conclusion que la norme qui convient est celle de la raisonnabilité. Il nous faut donc l'appliquer à la question préalable sur laquelle a statué l'arbitre.

(2) L'interprétation de l'arbitre était-elle déraisonnable?

[72] Même si la retenue s'impose en l'espèce, nous ne pouvons conclure que, considérée dans son ensemble, la décision relative à la question préalable était raisonnable. En effet, le raisonnement de l'arbitre était foncièrement défectueux; il s'appuyait et débouchait sur une interprétation de la loi qui ne faisait pas partie des lectures acceptables.

[73] L'arbitre a tenu compte de l'arrêt *Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills*, de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, ainsi que des modifications apportées à la *LRTSP* en 1990 (L.N.-B. 1990, ch. 30). Dans sa version antérieure, celle-ci prévoyait qu'un employé pouvait contester par voie de grief « une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire » (par. 92(1)). Dans sa version modifiée, elle confère le droit de présenter un grief « à l'égard du congédiement, de la suspension ou d'une peine pécuniaire » (*LRTSP*, par. 100.1(2)). L'arbitre a jugé que l'incorporation par renvoi du par. 97(2.1) au par. 100.1(5) [TRADUCTION] « confère nécessairement à l'arbitre le pouvoir de prendre la décision visée au paragraphe 97(2.1), c'est-à-dire que l'employé a été congédié ou qu'une mesure disciplinaire a été autrement prise contre lui "pour motif" » (p. 5). Il a indiqué en outre que l'employeur [TRADUCTION] « ne peut se soustraire à l'examen des véritables motifs du

adjudicator concluded that he could determine whether a discharge purportedly with notice or pay in lieu of notice was in reality for cause.

[74] The interpretation of the law is always contextual. The law does not operate in a vacuum. The adjudicator was required to take into account the legal context in which he was to apply the law. The employment relationship between the parties in this case was governed by private law. The contractual terms of employment could not reasonably be ignored. That is made clear by s. 20 of the *Civil Service Act*. Under the ordinary rules of contract, the employer is entitled to discharge an employee for cause, with notice or with pay in lieu of notice. Where the employer chooses to exercise its right to discharge with reasonable notice or pay in lieu thereof, the employer is not required to assert cause for discharge. The grievance process cannot have the effect of changing the terms of the contract of employment. The respondent chose to exercise its right to terminate without alleging cause in this case. By giving the *PSLRA* an interpretation that allowed him to inquire into the reasons for discharge where the employer had the right not to provide — or even have — such reasons, the adjudicator adopted a reasoning process that was fundamentally inconsistent with the employment contract and, thus, fatally flawed. For this reason, the decision does not fall within the range of acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and the law.

[75] The decision of the adjudicator treated the appellant, a non-unionized employee, as a unionized employee. His interpretation of the *PSLRA*, which permits an adjudicator to inquire into the reasons for discharge where notice is given and, under s. 97(2.1), substitute a penalty that he or she determines just and reasonable in the circumstances, creates a requirement that the employer show cause before dismissal. There can be no justification for this; no reasonable interpretation can lead to that result. Section 100.1(5) incorporates s. 97(2.1) by reference into the determination of grievances brought by non-unionized employees.

congédiement ni écarter l'application du paragraphe 97(2.1) en s'abstenant simplement d'invoquer un motif » (*ibid.* (nous soulignons)). Il a conclu qu'il pouvait déterminer si un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu constituait en fait un congédiement pour motif.

[74] L'interprétation du droit est toujours contextuelle. Une disposition ne s'applique pas en vase clos. L'arbitre devait tenir compte du contexte juridique dans lequel il lui fallait appliquer les dispositions en cause. En l'espèce, le lien d'emploi entre les parties ressortissait au droit privé. Il ne pouvait raisonnablement être fait abstraction des clauses du contrat d'emploi. L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* est clair à ce sujet. Suivant les règles contractuelles ordinaires, l'employeur peut congédier un employé pour motif, avec préavis ou indemnité en tenant lieu. S'il opte pour le congédiement avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu, il n'a pas à invoquer de motif. La procédure de grief ne saurait modifier le contenu du contrat d'emploi. En l'espèce, l'intimée a décidé d'exercer son droit de mettre fin à l'emploi sans invoquer de motif. En concluant que la *LRTSP* lui permettait de rechercher les motifs du congédiement, alors que l'employeur avait le droit de ne pas les préciser, et même, de ne pas en avoir, l'arbitre a tenu un raisonnement foncièrement incompatible avec le contrat d'emploi et, de ce fait, entaché d'un vice fatal. C'est pourquoi sa décision ne fait pas partie des issues acceptables au regard des faits et du droit.

[75] Dans sa décision, l'arbitre a considéré l'appelant comme un employé syndiqué alors qu'il n'en était pas un. L'interprétation de la *LRTSP* suivant laquelle l'arbitre peut s'enquérir des motifs d'un congédiement avec préavis et, en vertu du par. 97(2.1), substituer la peine qui lui paraît juste et raisonnable dans les circonstances, oblige l'employeur à justifier au préalable le congédiement. Or, rien ne justifie pareil résultat, et nulle interprétation raisonnable ne saurait y aboutir. Le paragraphe 100.1(5) incorpore le par. 97(2.1) à la procédure de grief dans le cas d'un employé non syndiqué. Les employés assujettis à la *LRTSP* sont généralement

The employees subject to the *PSLRA* are usually unionized and the terms of their employment are determined by collective agreement; s. 97(2.1) explicitly refers to the collective agreement context. Section 100.1(5) referentially incorporates s. 97(2.1) *mutatis mutandis* into the non-collective agreement context so that non-unionized employees who are discharged *for cause and without notice* have the right to grieve the discharge and have the adjudicator substitute another penalty as seems just and reasonable in the circumstances. Therefore, the combined effect of s. 97(2.1) and s. 100.1 cannot, on any reasonable interpretation, remove the employer's right under contract law to discharge an employee with reasonable notice or pay in lieu of notice.

[76] The interpretation of the adjudicator was simply unreasonable in the context of the legislative wording and the larger labour context in which it is embedded. It must be set aside. Nevertheless, it must be acknowledged that his interpretation of the *PSLRA* was ultimately inconsequential to the overall determination of the grievance, since the adjudicator made no finding as to whether the discharge was or was not, in fact, for cause. The decision on the merits, which resulted in an order that the appellant be reinstated, instead turned on the adjudicator's decision on a separate issue — whether the appellant was entitled to and, if so, received procedural fairness with regard to the employer's decision to terminate his employment. This issue is discrete and isolated from the statutory interpretation issue, and it raises very different considerations.

IV. Issue 2: Review of the Adjudicator's Procedural Fairness Determination

[77] Procedural fairness has many faces. It is at issue where an administrative body may have prescribed rules of procedure that have been breached. It is also concerned with general principles involving the right to answer and defence where one's rights are affected. In this case, the appellant raised in his grievance letter that the reasons for the employer's dissatisfaction were not specified and that he did not have a reasonable opportunity to respond to the employer's concerns. There was,

syndiqués et une convention collective établit leurs conditions d'emploi; le par. 97(2.1) renvoie expressément au contexte de l'application d'une convention collective. Le paragraphe 100.1(5) intègre le par. 97(2.1) par renvoi, avec les adaptations nécessaires, au contexte de la non-application d'une convention collective, de façon que l'employé non syndiqué qui est congédié *pour motif et sans préavis* puisse contester le congédiement par voie de grief et obtenir de l'arbitre qu'il substitue une autre peine, selon ce qui lui semble juste et raisonnable dans les circonstances. L'application concomitante du par. 97(2.1) et de l'art. 100.1 ne saurait donc raisonnablement supprimer le droit contractuel de l'employeur de congédier un employé avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu.

[76] L'interprétation de la *LRTSP* par l'arbitre était tout simplement déraisonnable eu égard au texte de la loi et au contexte plus large des relations de travail dans lequel elle s'insérait. Elle doit être écartée. Il faut toutefois reconnaître que cette interprétation n'a finalement pas influencé le règlement global du grief, car l'arbitre n'a pas conclu qu'il s'agissait ou non d'un congédiement pour motif. La décision sur le fond et, partant, l'ordonnance de réintégration découlent plutôt de la conclusion de l'arbitre sur un autre point : l'appelant avait-il droit à l'équité procédurale et si oui, l'employeur a-t-il respecté son obligation à cet égard en décidant de mettre fin à l'emploi? Il s'agit d'une question totalement distincte de celle de l'interprétation législative et qui fait intervenir des considérations très différentes.

IV. Second volet : Contrôle de la décision de l'arbitre concernant l'équité procédurale

[77] L'équité procédurale comporte de nombreuses facettes. Elle peut être mise en doute lorsque les règles de procédure établies par un organisme administratif n'ont pas été respectées. Elle sous-tend aussi les principes généraux permettant à une personne de répondre à une allégation et de se défendre lorsque ses droits sont atteints. Dans la présente affaire, l'appelant a fait valoir dans son grief que les motifs d'insatisfaction de l'employeur n'avaient pas été précisés et qu'il n'avait pas eu la

in his view, lack of due process and a breach of procedural fairness.

[78] The procedural fairness issue was dealt with only briefly by the Court of Appeal. Robertson J.A. mentioned at the end of his reasons that a duty of fairness did not arise in this case since the appellant had been terminated with notice and had exercised his right to grieve. Before this Court, however, the appellant argued that he was entitled to procedural fairness as a result of this Court's jurisprudence. Although ultimately we do not agree with the appellant, his contention raises important issues that need to be examined more fully.

A. *Duty of Fairness*

[79] Procedural fairness is a cornerstone of modern Canadian administrative law. Public decision makers are required to act fairly in coming to decisions that affect the rights, privileges or interests of an individual. Thus stated the principle is easy to grasp. It is not, however, always easy to apply. As has been noted many times, "the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case" (*Knight*, at p. 682; *Baker*, at para. 21; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, at paras. 74-75).

[80] This case raises the issue of the extent to which a duty of fairness applies to the dismissal of a public employee pursuant to a contract of employment. The grievance adjudicator concluded that the appellant had been denied procedural fairness because he had not been granted a hearing by the employer before being dismissed with four months' pay in lieu of notice. This conclusion was said to flow from this Court's decision in *Knight*, where it was held that the holder of an office "at pleasure" was entitled to be given the reasons for his or her dismissal and an opportunity to be heard before being dismissed (p. 683).

[81] We are of the view that the principles established in *Knight* relating to the applicability of a duty of fairness in the context of public employment

possibilité raisonnable d'y répondre. À son avis, il n'y avait eu ni application régulière de la loi ni équité procédurale.

[78] La Cour d'appel n'a fait qu'effleurer la question de l'équité procédurale. Le juge Robertson a mentionné à la fin de ses motifs qu'il n'y avait pas d'obligation d'équité en l'espèce car l'appelant avait été congédié avec préavis et avait exercé son droit de présenter un grief. L'appelant soutient toutefois devant nous que suivant la jurisprudence de la Cour, il avait droit à l'équité procédurale. Même si, en fin de compte, sa prétention doit être rejetée, elle soulève d'importantes questions qu'il importe d'examiner plus avant.

A. *L'obligation d'équité*

[79] L'équité procédurale est un fondement du droit administratif canadien moderne. Les décideurs publics sont tenus de faire preuve d'équité lorsqu'ils prennent des décisions touchant les droits, les privilèges ou les biens d'une personne. Le principe paraît simple, mais son application n'est pas toujours facile. Comme on l'a signalé maintes fois, « la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas » (*Knight*, p. 682; *Baker*, par. 21; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, par. 74-75).

[80] Le présent pourvoi soulève la question de savoir dans quelle mesure l'obligation d'équité s'applique à l'employeur qui congédie un fonctionnaire conformément à un contrat d'emploi. L'arbitre a conclu que l'appelant n'avait pas bénéficié de l'équité procédurale parce qu'il n'avait pas été entendu par l'employeur avant d'être congédié sur versement d'une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis. Il a dit se fonder sur l'arrêt *Knight* où la Cour a statué que le titulaire d'une charge à titre amovible a le droit de connaître les motifs de son renvoi et d'être entendu au préalable (p. 683).

[81] Nous sommes d'avis qu'il y a lieu de revenir sur les principes établis dans l'arrêt *Knight* à propos de l'obligation d'équité dans le contexte

merit reconsideration. While the majority opinion in *Knight* properly recognized the important place of a general duty of fairness in administrative law, in our opinion, it incorrectly analyzed the effects of a contract of employment on such a duty. The majority in *Knight* proceeded on the premise that a duty of fairness based on public law applied unless expressly excluded by the employment contract or the statute (p. 681), without consideration of the terms of the contract with regard to fairness issues. It also upheld the distinction between office holders and contractual employees for procedural fairness purposes (pp. 670-76). In our view, what matters is the nature of the employment relationship between the public employee and the public employer. Where a public employee is employed under a contract of employment, regardless of his or her status as a public office holder, the applicable law governing his or her dismissal is the law of contract, not general principles arising out of public law. What *Knight* truly stands for is the principle that there is always a recourse available where the employee is an office holder and the applicable law leaves him or her without any protection whatsoever when dismissed.

[82] This conclusion does not detract from the general duty of fairness owed by administrative decision makers. Rather it acknowledges that in the specific context of dismissal from public employment, disputes should be viewed through the lens of contract law rather than public law.

[83] In order to understand why a reconsideration of *Knight* is warranted, it is necessary to review the development of the duty of fairness in Canadian administrative law. As we shall see, its development in the public employment context was intimately related to the distinction between public office holders and contractual employees, a distinction which, in our view, has become increasingly difficult to maintain both in principle and in practice.

(1) The Preliminary Issue of Jurisdiction

[84] Before dealing with the scope of the duty of fairness in this case, a word should be said about the respondent's preliminary objection to the jurisdiction of the adjudicator under the *PSLRA*

de l'emploi dans la fonction publique. Bien que, dans cet arrêt, les juges majoritaires aient à juste titre reconnu l'importance d'une obligation générale d'équité en droit administratif, ils n'ont pas correctement analysé, selon nous, les effets d'un contrat d'emploi sur cette obligation. Ils sont partis du principe qu'il y a obligation d'équité fondée sur le droit public à moins que le contrat d'emploi ou la loi ne l'écarte expressément (p. 681), sans égard aux dispositions du contrat touchant à l'équité. Ils ont également confirmé la distinction entre le titulaire d'une charge et l'employé contractuel pour ce qui est du droit à l'équité procédurale (p. 670-676). Selon nous, la nature du lien d'emploi entre l'employé et l'employeur du secteur public est déterminante. En présence d'un contrat d'emploi, le renvoi de l'employé, que ce dernier soit ou non titulaire d'une charge publique, est régi par le droit contractuel, et non par les principes généraux du droit public. Le véritable principe qui se dégage de l'arrêt *Knight* est que le titulaire d'une charge auquel le droit applicable n'offre aucune protection en cas de renvoi dispose toujours d'un recours.

[82] Cette conclusion n'affaiblit pas l'obligation générale faite aux décideurs administratifs d'agir avec équité. Elle reconnaît plutôt que dans le contexte particulier du renvoi de la fonction publique, c'est le droit contractuel, et non le droit public, qui préside au règlement des différends.

[83] Pour comprendre la nécessité d'un réexamen de l'arrêt *Knight*, il faut retracer l'évolution de l'obligation d'équité en droit administratif canadien. Comme nous le verrons, dans le contexte de l'emploi dans la fonction publique, cette évolution est étroitement liée à la distinction entre titulaire de charge publique et employé contractuel, une distinction qui, à notre avis, soulève de plus en plus de difficultés en théorie et en pratique.

(1) La question préalable de la compétence

[84] Avant d'examiner l'étendue de l'obligation d'équité en l'espèce, nous nous penchons brièvement sur l'objection préliminaire de l'intimée selon laquelle l'arbitre n'a pas compétence, sous le

to consider procedural fairness. The respondent argues that allowing adjudicators to consider procedural fairness risks granting them the inherent powers of a court. We disagree. We can see nothing problematic with a grievance adjudicator considering a public law duty of fairness issue where such a duty exists. It falls squarely within the adjudicator's task to resolve a grievance. However, as will be explained below, the proper approach is to first identify the nature of the employment relationship and the applicable law. Where, as here, the relationship is contractual, a public law duty of fairness is not engaged and therefore should play no role in resolving the grievance.

(2) The Development of the Duty of Fairness in Canadian Public Law

[85] In Canada, the modern concept of procedural fairness in administrative law was inspired by the House of Lords' landmark decision in *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66, a case which involved the summary dismissal of the chief constable of Brighton. The House of Lords declared the chief constable's dismissal a nullity on the grounds that the administrative body which had dismissed him had failed to provide the reasons for his dismissal or to accord him an opportunity to be heard in violation of the rules of natural justice. Central to the reasoning in the case was Lord Reid's distinction between (i) master-servant relationships (i.e. contractual employment), (ii) offices held "at pleasure", and (iii) offices where there must be cause for dismissal, which included the chief constable's position. According to Lord Reid, only the last category of persons was entitled to procedural fairness in relation to their dismissal since both contractual employees and office holders employed "at pleasure" could be dismissed without reason (p. 72). As the authors Wade and Forsyth note that, after a period of retreat from imposing procedural fairness requirements on administrative decision makers, *Ridge v. Baldwin* "marked an important change of judicial policy, indicating that natural justice was restored to favour and would be applied on a wide basis" (W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (8th ed. 2000), at p. 438).

régime de la *LRTSP*, pour connaître de questions liées à l'équité procédurale. L'intimée soutient qu'autoriser l'arbitre à se prononcer sur l'équité procédurale pourrait revenir à lui conférer les pouvoirs inhérents d'une cour de justice. Nous ne sommes pas de cet avis. Rien ne s'oppose à ce que l'arbitre saisi d'un grief examine une question touchant à l'obligation d'équité en droit public lorsqu'une telle obligation existe. Cela ressortit clairement à son mandat de régler le grief. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, il convient d'abord de définir la nature du lien d'emploi et le droit applicable. Lorsque, comme en l'espèce, le lien est contractuel, l'obligation d'équité en droit public ne saurait jouer dans le règlement du grief.

(2) L'évolution de l'obligation d'équité en droit public canadien

[85] En droit administratif canadien, la notion moderne d'équité procédurale tire son origine de l'arrêt de principe *Ridge c. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66, où la Chambre des lords a annulé le congédiement sommaire du chef de police de Brighton au motif que le décideur administratif n'avait pas motivé le renvoi ni donné à l'intéressé la possibilité de se faire entendre, contrevenant ainsi aux règles de justice naturelle. Lord Reid a axé son raisonnement sur la distinction entre (i) l'occupation d'un poste à titre d'employé (lien contractuel), (ii) l'occupation d'une charge à titre amovible et (iii) l'occupation d'un poste dont le titulaire ne peut être renvoyé que pour motif valable, tel celui du chef de police. Selon lui, seul ce dernier type de fonction conférait le droit à l'équité procédurale en cas de renvoi, car l'employé contractuel et le titulaire de charge à titre amovible pouvaient être renvoyés sans motif (p. 72). Comme le signalent Wade et Forsyth, après que l'assujettissement des décideurs administratifs à l'obligation d'équité procédurale eut connu un recul, l'arrêt *Ridge c. Baldwin* [TRADUCTION] « a substantiellement modifié la politique judiciaire en indiquant que la justice naturelle reprenait du service et s'appliquerait désormais largement » (W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (8e éd. 2000), p. 438).

[86] The principles established by *Ridge v. Baldwin* were followed by this Court in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. *Nicholson*, like its U.K. predecessor, marked the return to a less rigid approach to natural justice in Canada (see Brown and Evans, at pp. 7-5 to 7-9). *Nicholson* concerned the summary dismissal of a probationary police officer by a regional board of police commissioners. Laskin C.J., for the majority, at p. 328, declared the dismissal void on the ground that the officer fell into Lord Reid's third category and was therefore entitled to the same procedural protections as in *Ridge v. Baldwin*.

[87] Although *Ridge v. Baldwin* and *Nicholson* were concerned with procedural fairness in the context of the dismissal of public office holders, the concept of fairness was quickly extended to other types of administrative decisions (see e.g. *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735). In *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, Le Dain J. stated that the duty of fairness was a general principle of law applicable to all public authorities:

> This Court has affirmed that there is, as a general common law principle, a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual .... [p. 653]

(See also *Baker*, at para. 20.)

[88] In *Knight*, the Court relied on the statement of Le Dain J. in *Cardinal v. Director of Kent Institution* that the existence of a general duty to act fairly will depend on "(i) the nature of the decision to be made by the administrative body; (ii) the relationship existing between that body and the

[86] Dans l'affaire *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, notre Cour a suivi les principes établis par l'arrêt *Ridge c. Baldwin*. Comme son prédécesseur britannique, l'arrêt *Nicholson* a marqué le retour au Canada d'une conception moins rigide de la justice naturelle (voir Brown et Evans, p. 7-5 à 7-9). Le litige portait sur le congédiement sommaire d'un policier stagiaire par un comité régional des services de police. Au nom des juges majoritaires, le juge en chef Laskin (p. 328) a annulé le congédiement, estimant que le policier appartenait à la troisième catégorie établie par lord Reid, de sorte qu'il avait droit à la garantie procédurale reconnue dans l'arrêt *Ridge c. Baldwin*.

[87] Dans les affaires *Ridge c. Baldwin* et *Nicholson*, les cours de justice ont appliqué l'équité procédurale à la décision de congédier le titulaire d'une charge publique, mais elles ont tôt fait d'y assujettir par la suite d'autres types de décision administrative (voir notamment *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735). Dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, au nom de la Cour, le juge Le Dain a vu dans l'obligation d'équité un principe de droit général applicable à tout organisme public :

> [La] Cour a confirmé que, à titre de principe général de *common law*, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne ... [p. 653]

(Voir aussi l'arrêt *Baker*, par. 20.)

[88] Dans l'arrêt *Knight*, la Cour s'est appuyée sur les propos du juge Le Dain dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent* selon lesquels l'existence d'une obligation générale d'agir équitablement dépend de ce qui suit : « (i) la nature de la décision qui doit être rendue par l'organisme

individual; and (iii) the effect of that decision on the individual's rights" (*Knight*, at p. 669).

[89] The dispute in *Knight* centred on whether a board of education had failed to accord procedural fairness when it dismissed a director of education with three months' notice pursuant to his contract of employment. The main issue was whether the director's employment relationship with the school board was one that attracted a public law duty of fairness. L'Heureux-Dubé J., for the majority, held that it did attract such a duty on the ground that the director's position had a "strong 'statutory flavour'" and could thus be qualified as a public office (p. 672). In doing so, she specifically recognized that, contrary to Lord Reid's holding in *Ridge v. Baldwin*, holders of an office "at pleasure", were also entitled to procedural fairness before being dismissed (pp. 673-74). The fact that the director's written contract of employment specifically provided that he could be dismissed with three months' notice was held not to be enough to displace a public law duty to act fairly (p. 681).

[90] From these foundational cases, procedural fairness has grown to become a central principle of Canadian administrative law. Its overarching purpose is not difficult to discern: administrative decision makers, in the exercise of public powers, should act fairly in coming to decisions that affect the interests of individuals. In other words, "[t]he observance of fair procedures is central to the notion of the 'just' exercise of power" (Brown and Evans, at p. 7-3). What is less clear, however, is whether this purpose is served by imposing public law procedural fairness requirements on public bodies in the exercise of their contractual rights as employers.

(3) Procedural Fairness in the Public Employment Context

[91] *Ridge v. Baldwin* and *Nicholson* established that a public employee's right to procedural fairness

administratif en question, (ii) la relation existant entre cet organisme et le particulier, et (iii) l'effet de cette décision sur les droits du particulier » (arrêt *Knight*, p. 669).

[89] L'affaire *Knight* soulevait la question de savoir si un conseil scolaire avait manqué à son obligation d'équité procédurale en congédiant un directeur de l'enseignement avec un préavis de trois mois conformément à son contrat d'emploi. La Cour devait principalement trancher si le lien d'emploi entre le directeur et le conseil scolaire faisait naître une obligation d'équité en droit public. Au nom des juges majoritaires, la juge L'Heureux-Dubé a conclu que tel était le cas, car le poste du directeur s'apparentait fortement à un poste d'origine législative et pouvait donc être assimilé à une charge publique (p. 672). Du coup, à l'opposé de lord Reid dans l'affaire *Ridge c. Baldwin*, elle a expressément reconnu que le titulaire d'une charge à titre amovible avait également droit au respect de l'équité procédurale en cas de congédiement (p. 673-674). La juge L'Heureux-Dubé a estimé que la clause du contrat d'emploi prévoyant que le directeur pouvait être congédié moyennant un préavis de trois mois n'était pas suffisante pour écarter l'obligation d'équité en droit public (p. 681).

[90] Ces arrêts fondateurs ont fait de l'équité procédurale un principe fondamental du droit administratif canadien dont l'objectif primordial se conçoit aisément : dans l'exercice de ses pouvoirs publics, le décideur administratif doit agir avec équité lorsqu'il rend une décision touchant les droits d'un administré. Autrement dit, [TRADUCTION] « [l]e respect de l'équité dans la procédure est essentiel à la notion d'exercice "équitable" du pouvoir » (Brown et Evans, p. 7-3). On peut toutefois se demander si l'obligation faite à un organisme public d'observer les exigences de l'équité procédurale dans l'exercice de ses droits contractuels en tant qu'employeur contribue à la réalisation de cet objectif.

(3) L'équité procédurale dans la fonction publique

[91] Les arrêts *Ridge c. Baldwin* et *Nicholson* ont établi qu'un employé du secteur public a droit

depended on his or her status as an office holder. While *Knight* extended a duty of fairness to office holders during pleasure, it nevertheless upheld the distinction between office holders and contractual employees as an important criterion in establishing whether a duty of fairness was owed. Courts have continued to rely on this distinction, either extending or denying procedural protections depending on the characterization of the public employee's legal status as an office holder or contractual employee (see e.g. *Reglin v. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi v. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688 (C.A.); *Seshia v. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen v. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis v. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard v. Sackville (Town)* (1992), 124 N.B.R. (2d) 70 (C.A.)).

[92] In practice, a clear distinction between office holders and contractual employees has been difficult to maintain:

> Although the law makes such a sharp distinction between office and service in theory, in practice it may be difficult to tell which is which. For tax purposes "office" has long been defined as a "subsisting, permanent substantive position which has an existence independent of the person who fills it", but for the purposes of natural justice the test may not be the same. Nor need an office necessarily be statutory, although nearly all public offices of importance in administrative law are statutory. A statutory public authority may have many employees who are in law merely its servants, and others of higher grades who are office-holders.
>
> (Wade and Forsyth, at pp. 532-33)

[93] Lord Wilberforce noted that attempting to separate office holders from contractual employees

> involves the risk of a compartmental approach which, although convenient as a solvent, may lead to narrower distinctions than are appropriate to the broader issues of administrative law. A comparative list of situations in which persons have been held entitled or not entitled to a hearing, or to observation of rules of natural

à l'équité procédurale s'il est titulaire d'une charge. Bien que l'arrêt *Knight* en ait fait également bénéficier le titulaire de charge à titre amovible, il a quand même retenu comme critère important à cet égard la distinction entre le titulaire de charge et l'employé contractuel. Les cours de justices ont continué d'appliquer cette distinction pour reconnaître ou non ce droit selon que le fonctionnaire est titulaire de charge ou employé contractuel (voir notamment *Reglin c. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi c. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688 (C.A.); *Seshia c. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen c. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis c. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard c. Sackville (Ville)* (1992), 124 R.N.-B. (2e) 70 (C.A.)).

[92] En pratique, toutefois, la distinction entre le titulaire d'une charge et l'employé contractuel s'est révélée difficile à appliquer :

> [TRADUCTION] Même si, en théorie, le droit fait une nette distinction entre charge et emploi, en pratique, il peut être difficile de les différencier. En matière fiscale, la « charge » est depuis longtemps définie comme « un poste durable, permanent et important qui existe indépendamment de la personne qui l'occupe ». Mais pour les besoins de la justice naturelle, le critère peut différer. Il n'est pas nécessaire non plus que la charge soit établie par une loi, bien que ce soit le cas de presque toutes les charges publiques d'importance en droit administratif. Un organisme public créé par une loi peut compter à son service de nombreuses personnes qui, légalement, sont de simples employés et d'autres, plus élevées dans la hiérarchie, qui sont titulaires d'une charge.
>
> (Wade et Forsyth, p. 532-533)

[93] Lord Wilberforce a signalé que la démarche consistant à établir une distinction entre le titulaire de charge et l'employé contractuel

> [TRADUCTION] peut mener à une analyse compartimentée qui, malgré la solution qu'elle offre, peut donner lieu à des distinctions trop ténues pour le règlement des questions plus générales qui se posent en droit administratif. L'énumération comparative des situations dans lesquelles on a reconnu ou non le droit d'être entendu ou

justice, according to the master and servant test, looks illogical and even bizarre.

(*Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278 (H.L.), at p. 1294)

[94] There is no reason to think that the distinction has been easier to apply in Canada. In *Knight*, as has been noted, the majority judgment relied on whether the public employee's position had a "strong 'statutory flavour'" (p. 672), but as Brown and Evans observe, "there is no simple test for determining whether there is a sufficiently strong 'statutory flavour' to a job for it to be classified as an 'office'" (p. 7-19). This has led to uncertainty as to whether procedural fairness attaches to particular positions. For instance, there are conflicting decisions on whether the position of a "middle manager" in a municipality is sufficiently important to attract a duty of fairness (compare *Gismondi*, at para. 53, and *Hughes v. Moncton (City)* (1990), 111 N.B.R. (2d) 184 (Q.B.), aff'd (1991), 118 N.B.R. (2d) 306 (C.A.)). Similarly, physicians working in the public health system may or may not be entitled to a duty of fairness (compare *Seshia* and *Rosen v. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40).

[95] Further complicating the distinction is the fact that public employment is for the most part now viewed as a regular contractual employment relationship. The traditional position at common law was that public servants were literally "servants of the Crown" and could therefore be dismissed at will. However, it is now recognized that most public employees are employed on a contractual basis: *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199.

[96] *Wells* concerned the dismissal without compensation of a public office holder whose position had been abolished by statute. The Court held that, while Wells' position was created by statute, his employment relationship with the Crown was contractual and therefore he was entitled to be compensated for breach of contract according

le droit au respect de la justice naturelle, selon le lien de subordination, paraît illogique, voire bizarre.

(*Malloch c. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278 (H.L.), p. 1294)

[94] Il n'y a pas lieu de penser que la distinction a été plus aisée au Canada. Dans l'affaire *Knight*, on l'a vu, les juges majoritaires se sont demandé si le poste de l'employé du secteur public s'apparentait fortement à un poste d'origine législative (p. 672). Brown et Evans signalent toutefois [TRADUCTION] « qu'aucun critère simple ne permet de déterminer qu'un poste s'apparente assez fortement à un poste d'origine législative pour qu'il soit qualifié de "charge" » (p. 7-19), d'où l'incertitude quant à savoir si l'équité procédurale s'applique à certains postes. Des décisions contradictoires ont d'ailleurs été rendues sur la question de savoir si le poste de « cadre intermédiaire » d'un fonctionnaire municipal était assez important pour faire naître l'obligation d'équité (comparer *Gismondi*, par. 53, et *Hughes c. Moncton (Ville)* (1990), 111 R.N.-B. (2e) 184 (B.R.), conf. par (1991), 118 R.N.-B. (2e) 306 (C.A.)). De même, l'obligation d'équité peut s'appliquer ou non au médecin travaillant pour le régime de santé public (comparer *Seshia*, et *Rosen c. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40).

[95] La distinction est d'autant plus difficile à établir que, de nos jours, un emploi dans la fonction publique est généralement assimilé à un emploi contractuel ordinaire. Auparavant, en common law, les fonctionnaires étaient considérés comme de véritables « employés personnels de la Couronne » et pouvaient donc être congédiés à volonté. Toutefois, il est désormais établi que la plupart des fonctionnaires ont un lien d'emploi contractuel : *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199.

[96] L'arrêt *Wells* porte sur le renvoi sans indemnité d'un titulaire de charge publique dont le poste avait été aboli par la loi. La Cour a statué que malgré l'origine législative de son poste, M. Wells avait un lien d'emploi contractuel avec l'État, de sorte qu'il avait droit à une indemnité pour rupture de contrat suivant les règles habituelles du droit privé. Cet

to ordinary private law principles. Indeed, *Wells* recognized that most civil servants and public officers are employed under contracts of employment, either as members of unions bound by collective agreements or as non-unionized employees under individual contracts of employment (paras. 20-21 and 29-32). Only certain officers, like ministers of the Crown and "others who fulfill constitutionally defined state roles", do not have a contractual relationship with the Crown, since the terms of their positions cannot be modified by agreement (*Wells*, at paras. 29-32).

[97] The effect of *Wells*, as Professors Hogg and Monahan note, is that

> [t]he government's common law relationship with its employees will now be governed, for the most part, by the general law of contract, in the same way as private employment relationships. This does not mean that governments cannot provide for a right to terminate employment contracts at pleasure. However, if the government wishes to have such a right, it must either contract for it or make provision (expressly or by necessary implication) by way of statute.
>
> (P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 240)

The important point for our purposes is that *Wells* confirmed that most public office holders have a contractual employment relationship. Of course, office holders' positions will also often be governed by statute and regulations, but the essence of the employment relationship is still contractual. In this context, attempting to make a clear distinction between office holders and contractual employees for the purposes of procedural fairness becomes even more difficult.

[98] If the distinction has become difficult to maintain in practice, it is also increasingly hard to justify in principle. There would appear to be three main reasons for distinguishing between office holders and contractual employees and for extending procedural fairness protections only to the former, all of which, in our view, are problematic.

[99] First, historically, offices were viewed as a form of property, and thus could be recovered by

arrêt a en effet reconnu que l'emploi de la plupart des fonctionnaires et hauts fonctionnaires est régi par un contrat — une convention collective lorsque l'intéressé est membre d'un syndicat ou un contrat individuel de travail lorsqu'il ne l'est pas (par. 20-21 et 29-32). Seuls les titulaires de certains postes, tels les ministres de la Couronne et « d'autres personnes qui remplissent au sein de l'État des rôles définis constitutionnellement » n'ont pas de relations contractuelles avec l'État puisque leurs conditions d'emploi ne peuvent être modifiées de gré à gré (*Wells*, par. 29-32).

[97] Voici comment les professeurs Hogg et Monahan décrivent les retombées de l'arrêt *Wells* :

> [TRADUCTION] En droit commun, la relation entre l'État et ses employés sera désormais régie, pour l'essentiel, par le droit général des contrats, tout comme la relation d'emploi entre parties privées. Cela n'empêchera pas l'État de prévoir le droit de mettre fin à un contrat d'emploi à son gré. Cependant, pour qu'il puisse s'en prévaloir, ce droit devra figurer dans le contrat ou être prévu (expressément ou par déduction nécessaire) dans la loi.
>
> (P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3e éd. 2000), p. 240)

Pour les besoins du présent pourvoi, l'arrêt *Wells* confirme surtout la nature contractuelle du lien d'emploi de la plupart des titulaires de charge publique. Évidemment, il arrive souvent qu'une charge soit par ailleurs assujettie à des dispositions législatives ou réglementaires, mais le lien d'emploi demeure essentiellement contractuel. Dans ce contexte, il est encore plus difficile d'établir une nette distinction entre le titulaire de charge et l'employé contractuel pour ce qui est du droit à l'équité procédurale.

[98] Si la distinction se révèle elle-même difficile en pratique, sa justification théorique l'est elle aussi de plus en plus. Trois raisons principales sont invoquées pour distinguer le titulaire de charge de l'employé contractuel et n'accorder le bénéfice de l'équité procédurale qu'au premier, mais à notre avis, elles posent toutes problème.

[99] La première raison réside dans le fait qu'autrefois, la charge était considérée comme un bien, de

the office holder who was removed contrary to the principles of natural justice. Employees who were dismissed in breach of their contract, however, could only sue for damages, since specific performance is not generally available for contracts for personal service (Wade and Forsyth, at pp. 531-32). This conception of public office has long since faded from our law: public offices are no longer treated as a form of private property.

[100] A second and more persuasive reason for the distinction is that dismissal from public office involves the exercise of delegated statutory power and should therefore be subject to public law controls like any other administrative decision (*Knight*, at p. 675; *Malloch*, at p. 1293, *per* Lord Wilberforce). In contrast, the dismissal of a contractual employee only implicates a public authority's private law rights as an employer.

[101] A third reason is that, unlike contractual employees, office holders did not typically benefit from contractual rights protecting them from summary discharge. This was true of the public office holders in *Ridge v. Baldwin* and *Nicholson*. Indeed, in both cases the statutory language purported to authorize dismissal without notice. The holders of an office "at pleasure" were in an even more tenuous position since by definition they could be dismissed without notice *and* without reason (*Nicholson*, at p. 323; *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004), at p. 1192 "pleasure appointment"). Because of this relative insecurity it was seen to be desirable to impose minimal procedural requirements in order to ensure that office holders were not deprived of their positions arbitrarily (*Nicholson*, at pp. 322-23; *Knight*, at pp. 674-75; Wade and Forsyth, at pp. 536-37).

[102] In our view, the existence of a contract of employment, not the public employee's status as an office holder, is the crucial consideration. Where a public office holder is employed under a contract of employment the justifications for imposing a public law duty of fairness with respect to his or her dismissal lose much of their force.

sorte qu'elle pouvait être recouvrée par le titulaire qui en avait été dépossédé au mépris des règles de justice naturelle. Or, l'employé démis de ses fonctions en violation de son contrat d'emploi ne pouvait qu'intenter une action en dommages-intérêts puisque le contrat relatif à des services personnels n'était généralement pas susceptible d'exécution en nature (Wade et Forsyth, p. 531-532). Cette conception est depuis longtemps révolue dans notre droit, car la charge publique n'est plus considérée comme un bien privé.

[100] Plus convaincante, la deuxième raison d'être de la distinction est que la décision de démettre un titulaire de charge publique suppose l'exercice d'un pouvoir légal délégué, de sorte que, à l'instar de toute décision administrative, elle doit être soumise aux mécanismes de contrôle du droit public (*Knight*, p. 675; *Malloch*, p. 1293, lord Wilberforce). À l'opposé, le renvoi d'un employé contractuel ne fait intervenir que les droits privés de l'organisme public en tant qu'employeur.

[101] Suivant la troisième raison avancée, contrairement à l'employé contractuel, le titulaire de charge ne bénéficiait généralement pas d'une clause contractuelle le protégeant contre le renvoi sommaire. Tel était le cas dans les affaires *Ridge c. Baldwin* et *Nicholson*, car le libellé de la loi autorisait la destitution sans préavis. La situation du titulaire de charge à titre amovible était encore plus précaire puisque, par définition, il pouvait être destitué sans préavis *et* sans motif : *Nicholson*, p. 323; *Black's Law Dictionary* (8e éd. 2004), p. 1192, « *pleasure appointment* » ([TRADUCTION] « nomination à titre amovible »). À cause de cette relative insécurité, il a paru souhaitable d'établir un minimum d'exigences procédurales afin que le titulaire de charge ne soit pas destitué arbitrairement (*Nicholson*, p. 322-323; *Knight*, p. 674-675; Wade et Forsyth, p. 536-537).

[102] À notre sens, c'est l'existence d'un contrat d'emploi, et non la qualité de titulaire de charge publique de l'employé, qui est déterminante. Lorsque le titulaire d'une charge publique est partie à un contrat d'emploi, l'imposition à l'employeur d'une obligation d'équité en droit public se justifie beaucoup moins.

[103] Where the employment relationship is contractual, it becomes difficult to see how a public employer is acting any differently in dismissing a public office holder and a contractual employee. In both cases, it would seem that the public employer is merely exercising its private law rights as an employer. For instance, in *Knight*, the director's position was terminated by a resolution passed by the board of education pursuant to statute, but it was done in accordance with the contract of employment, which provided for dismissal on three months' notice. Similarly, the appellant in this case was dismissed pursuant to s. 20 of the New Brunswick *Civil Service Act*, but that section provides that the ordinary rules of contract govern dismissal. He could therefore only be dismissed for just cause or on reasonable notice, and any failure to do so would give rise to a right to damages. In seeking to end the employment relationship with four months' pay in lieu of notice, the respondent was acting no differently than any other employer at common law. In *Wells*, Major J. noted that public employment had all of the features of a contractual relationship:

> A common-sense view of what it means to work for the government suggests that these relationships have all the hallmarks of contract. There are negotiations leading to agreement and employment. This gives rise to enforceable obligations on both sides. The Crown is acting much as an ordinary citizen would, engaging in mutually beneficial commercial relations with individual and corporate actors. Although the Crown may have statutory guidelines, the result is still a contract of employment. [Emphasis added; para. 22.]

If the Crown is acting as any other private actor would in hiring its employees, then it follows that the dismissal of its employees should be viewed in the same way.

[104] Furthermore, while public law is rightly concerned with preventing the arbitrary exercise of delegated powers, the good faith exercise of the contractual rights of an employer, such as the right

[103] Du moment que le lien d'emploi est contractuel, il est difficile de concevoir qu'un employeur du secteur public agisse différemment selon qu'il congédie un titulaire de charge publique ou un employé contractuel. Dans les deux cas, il appert que l'employeur ne fait qu'exercer ses droits privés à titre d'employeur. Par exemple, dans l'affaire *Knight*, le conseil scolaire avait adopté, conformément à la loi, une résolution mettant fin à l'emploi du directeur, mais il avait respecté le contrat d'emploi qui prévoyait un préavis de trois mois. De même, en l'espèce, l'appelant a été congédié en application de l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* du Nouveau-Brunswick. Or, cet article dispose que la cessation d'emploi est régie par les règles contractuelles ordinaires. En conséquence, l'appelant devait être congédié pour un motif valable ou avec un préavis raisonnable, sinon l'intimée pouvait être condamnée à lui verser des dommages-intérêts. En mettant fin à l'emploi par le versement d'une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis, l'intimée n'a pas agi différemment de n'importe quel autre employeur assujetti à la common law. Dans l'arrêt *Wells*, le juge Major a signalé que l'emploi dans la fonction publique possédait toutes les caractéristiques d'une relation contractuelle :

> Un examen fondé sur le bon sens de ce que signifie le fait de travailler pour le gouvernement tend à indiquer que ces relations portent toutes les marques d'un contrat. Des négociations donnent lieu à une entente et à un emploi et engendrent des obligations exécutoires pour les deux parties. La Couronne agit en grande partie comme un citoyen ordinaire le ferait, s'engageant dans des relations commerciales avantageuses pour les deux parties, tant avec des particuliers qu'avec des sociétés. Bien que la Couronne puisse être tenue de suivre des lignes directrices prévues par la loi, le résultat demeure quand même un contrat de travail. [Nous soulignons; par. 22.]

Si la Couronne se confond avec tout employeur du secteur privé lorsqu'elle engage ses employés, il devrait donc en être de même lorsqu'elle les congédie.

[104] En outre, le droit public se soucie à juste titre d'empêcher l'exercice arbitraire du pouvoir délégué, mais on ne saurait qualifier d'arbitraire l'exercice de bonne foi d'un droit contractuel

to end the employment relationship on reasonable notice, cannot be qualified as arbitrary. Where the terms of the employment contract were explicitly agreed to, it will be assumed that procedural fairness was dealt with by the parties (see, for example, in the context of collective agreements: *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56). If, however, the contract of employment is silent, the fundamental terms will be supplied by the common law or the civil law, in which case dismissal may only be for just cause or on reasonable notice.

[105] In the context of this appeal, it must be emphasized that dismissal with reasonable notice is not unfair *per se*. An employer's right to terminate the employment relationship with due notice is simply the counterpart to the employee's right to quit with due notice (G. England, *Employment Law in Canada* (4th ed. (loose-leaf)), at para. 13.3). It is a well-established principle of the common law that, unless otherwise provided, both parties to an employment contract may end the relationship without alleging cause so long as they provide adequate notice. An employer's right to terminate on reasonable notice must be exercised within the framework of an employer's general obligations of good faith and fair dealing: *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 95. But the good faith exercise of a common law contractual right to dismiss with notice does not give rise to concerns about the illegitimate exercise of public power. Moreover, as will be discussed below, where public employers do act in bad faith or engage in unfair dealing, the private law provides a more appropriate form of relief and there is no reason that they should be treated differently than private sector employers who engage in similar conduct.

[106] Of course, a public authority must abide by any statutory restrictions on the exercise of its discretion as an employer, regardless of the terms of an employment contract, and failure to do so may give rise to a public law remedy. A public authority cannot contract out of its statutory duties. But where a dismissal decision is properly within the public authority's powers and is taken pursuant to

de l'employeur, tel celui de mettre fin à la relation d'emploi moyennant un préavis raisonnable. Lorsque les parties ont expressément convenu des clauses du contrat d'emploi, il sera présumé qu'elles se sont également entendues sur l'équité procédurale (voir, p. ex., dans le cas d'une convention collective, *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56). Si rien n'est prévu au contrat, la common law ou le droit civil dicte les conditions fondamentales et il ne peut alors y avoir congédiement que pour motif valable ou avec préavis raisonnable.

[105] Dans le contexte du présent pourvoi, il importe de souligner que le congédiement avec préavis raisonnable n'est pas intrinsèquement injuste. Le droit de l'employeur de mettre fin à l'emploi moyennant le préavis requis est la simple contrepartie du droit de l'employé de donner sa démission moyennant le préavis requis (G. England, *Employment Law in Canada* (4e éd. (feuilles mobiles)), par. 13.3). Un principe bien établi du droit commun veut que, sauf disposition contraire, les deux parties au contrat d'emploi peuvent mettre fin à la relation sans invoquer de motif à condition que le préavis soit suffisant. L'employeur est tenu d'exercer ce droit conformément à ses obligations générales de bonne foi et de traitement équitable : *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 95. Or, l'exercice de bonne foi du droit issu du droit commun des contrats de congédier l'employé avec préavis ne saurait mettre en doute la légitimité de l'exercice du pouvoir public. De plus — nous y reviendrons —, lorsque l'employeur du secteur public agit de mauvaise foi ou de manière inéquitable, le droit privé offre un type de recours plus approprié, et il n'y a pas lieu de le traiter différemment de l'employeur du secteur privé qui agit de même.

[106] Un organisme public doit évidemment respecter les limites légales fixées à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à titre d'employeur, quelles que soient les conditions du contrat d'emploi, faute de quoi il s'expose à un recours en droit public. Il ne peut se soustraire par contrat à ses obligations légales. Cependant, lorsqu'il prend la décision de congédier une personne conformément à ses

a contract of employment, there is no compelling public law purpose for imposing a duty of fairness.

[107] Nor is the protection of office holders a justification for imposing a duty of fairness when the employee is protected from wrongful dismissal by contract. The appellant's situation provides a good illustration of why this is so. As an office holder, the appellant was employed "at pleasure", and could therefore be terminated without notice or reason (*Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, s. 20). However, he was also a civil servant and, pursuant to s. 20 of the *Civil Service Act*, his dismissal was governed by the ordinary rules of contract. If his employer had dismissed him without notice and without cause he would have been entitled to claim damages for breach of contract. Even if he was dismissed with notice, it was open to him to challenge the length of notice or amount of pay in lieu of notice given. On the facts, the respondent gave the appellant four months' worth of pay in lieu of notice, which he was successful in having increased to eight months before the grievance adjudicator.

[108] It is true that the remedy of reinstatement is not available for breach of contract at common law. In this regard, it might be argued that contractual remedies, on their own, offer insufficient protection to office holders (see *de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at p. 187). However, it must be kept in mind that breach of a public law duty of fairness also does not lead to full reinstatement. The effect of a breach of procedural fairness is to render the dismissal decision void *ab initio* (*Ridge v. Baldwin*, at p. 81). Accordingly, the employment is deemed to have never ceased and the office holder is entitled to unpaid wages and benefits from the date of the dismissal to the date of judgment (see England, at para. 17.224). However, an employer is free to follow the correct procedure and dismiss the office holder again. A breach of the duty of fairness simply requires that the dismissal decision be retaken. It therefore is incorrect to equate it to reinstatement (see *Malloch*, at p. 1284).

pouvoirs et à un contrat d'emploi, nulle considération supérieure du droit public ne justifie l'imposition d'une obligation d'équité.

[107] La protection du titulaire de charge publique ne justifie pas non plus l'assujettissement à l'obligation d'équité lorsqu'un contrat protège l'intéressé contre le congédiement injuste. La situation de l'appelant le montre bien. En tant que titulaire d'une charge publique, l'appelant était employé à titre amovible, et l'employeur pouvait donc mettre fin à son emploi sans préavis et sans motif (*Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, art. 20). Or, il était également fonctionnaire et, suivant l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, les règles contractuelles ordinaires régissaient son congédiement. Si son employeur l'avait congédié sans préavis et sans motif, il aurait pu réclamer des dommages-intérêts pour rupture de contrat. Même s'il a été congédié avec préavis, il pouvait contester la durée de celui-ci ou le montant de l'indemnité en tenant lieu. Il appert que l'intimée lui a versé une indemnité équivalant à quatre mois de salaire en lieu et place d'un préavis et que l'arbitre saisi de son grief a porté cette indemnité à huit mois de salaire.

[108] Il est vrai qu'en common law, la réintégration ne peut être ordonnée par suite d'une rupture de contrat. On peut à cet égard soutenir que le seul droit contractuel ne protège pas suffisamment le titulaire de charge (voir *de Smith, Woolf & Jowell : Judicial Review of Administrative Action* (5e éd. 1995), p. 187). Toutefois, il ne faut pas oublier que le recours pour manquement à l'obligation d'équité en droit public ne permet pas non plus la réintégration, mais bien l'annulation *ab initio* de la décision de congédier (*Ridge c. Baldwin*, p. 81). L'emploi est donc réputé n'avoir jamais pris fin, et le titulaire de charge a droit au salaire et aux avantages impayés entre la date du congédiement et celle du jugement (voir England, par. 17.224). Cependant, l'employeur peut toujours congédier la personne de nouveau en suivant alors la bonne procédure. L'employeur qui manque à l'obligation d'équité doit simplement reprendre le processus décisionnel. Il est donc erroné de penser qu'un tel manquement donne droit à la réintégration (voir *Malloch*, p. 1284).

[109] In addition, a public law remedy can lead to unfairness. The amount of unpaid wages and benefits an office holder is entitled to will be a function of the length of time the judicial process has taken to wend its way to a final resolution rather than criteria related to the employee's situation. Furthermore, in principle, there is no duty to mitigate since unpaid wages are not technically damages. As a result, an employee may recoup much more than he or she actually lost (see England, at para. 17.224).

[110] In contrast, the private law offers a more principled and fair remedy. The length of notice or amount of pay in lieu of notice an employee is entitled to depends on a number of factors including length of service, age, experience and the availability of alternative employment (see *Wallace*, at paras. 81 ff.). The notice period may be increased if it is established that the employer acted in bad faith or engaged in unfair dealing when acting to dismiss the employee (*Wallace*, at para. 95). These considerations aim at ensuring that dismissed employees are afforded some measure of protection while looking for new employment.

[111] It is important to note as well that the appellant, as a public employee employed under a contract of employment, also had access to all of the same statutory and common law protections that surround private sector employment. He was protected from dismissal on the basis of a prohibited ground of discrimination under the *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11. His employer was bound to respect the norms laid down by the *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2. As has already been mentioned, if his dismissal had been in bad faith or he had been subject to unfair dealing, it would have been open to him to argue for an extension of the notice period pursuant to the principles laid down in *Wallace*. In short, the appellant was not without legal protections or remedies in the face of his dismissal.

(4) The Proper Approach to the Dismissal of Public Employees

[112] In our view, the distinction between office holder and contractual employee for the purposes

[109] En outre, le recours fondé sur le droit public peut avoir des effets inéquitables. Le montant du salaire et des avantages impayés auquel le titulaire d'une charge a droit dépend du temps écoulé avant qu'une cour de justice ne rende une décision définitive, et non de critères liés à sa situation. De plus, l'employé n'a pas en principe l'obligation de limiter le préjudice, le salaire impayé ne constituant pas à strictement parler des dommages-intérêts. Il s'ensuit que l'employé peut obtenir beaucoup plus que ce qu'il a réellement perdu (voir England, par. 17.224).

[110] À l'opposé, le droit privé offre un recours mieux fondé et plus juste. La durée du préavis ou le montant de l'indemnité en tenant lieu dépend de différentes variables, dont les états de service, l'âge, l'expérience et l'existence d'autres possibilités d'emploi (voir *Wallace*, par. 81 et suiv.). Le préavis peut être prolongé lorsqu'il est établi que l'employeur a fait preuve de mauvaise foi ou agi de manière inéquitable en congédiant l'employé (*Wallace*, par. 95). L'objectif est d'assurer à l'employé congédié une certaine protection jusqu'à ce qu'il trouve un nouvel emploi.

[111] Il importe de signaler qu'à titre d'employé du secteur public régi par un contrat d'emploi, l'appelant avait également droit aux mesures de protection prévues par la loi et le droit commun au bénéfice des employés du secteur privé. La *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, le protégeait contre le congédiement pour un motif de discrimination interdit, et son employeur était tenu de se conformer à la *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2. Rappelons que s'il avait été congédié de mauvaise foi ou de façon inéquitable, il aurait pu demander un préavis plus long selon les principes énoncés dans l'arrêt *Wallace*. Bref, l'appelant n'était pas privé de protections ou de recours légaux advenant son congédiement.

(4) La démarche qui s'impose à l'égard du congédiement d'un fonctionnaire

[112] La distinction entre titulaire de charge et employé contractuel aux fins de déterminer un droit

of a public law duty of fairness is problematic and should be done away with. The distinction is difficult to apply in practice and does not correspond with the justifications for imposing public law procedural fairness requirements. What is important in assessing the actions of a public employer in relation to its employees is the nature of the employment relationship. Where the relationship is contractual, it should be viewed as any other private law employment relationship regardless of an employee's status as an office holder.

[113] The starting point, therefore, in any analysis, should be to determine the nature of the employment relationship with the public authority. Following *Wells*, it is assumed that most public employment relationships are contractual. Where this is the case, disputes relating to dismissal should be resolved according to the express or implied terms of the contract of employment and any applicable statutes and regulations, without regard for whether the employee is an office holder. A public authority which dismisses an employee pursuant to a contract of employment should not be subject to any additional public law duty of fairness. Where the dismissal results in a breach of contract, the public employee will have access to ordinary contractual remedies.

[114] The principles expressed in *Knight* in relation to the general duty of fairness owed by public authorities when making decisions that affect the rights, privileges or interests of individuals are valid and important. However, to the extent that the majority decision in *Knight* ignored the important effect of a contract of employment, it should not be followed. Where a public employee is protected from wrongful dismissal by contract, his or her remedy should be in private law, not in public law.

[115] The dismissal of a public employee should therefore generally be viewed as a typical employment law dispute. However, there may be occasions where a public law duty of fairness will still apply. We can envision two such situations at present. The first occurs where a public employee is not, in fact,

à l'équité reconnu en droit public soulève des difficultés et devrait selon nous être abandonnée. Elle s'est révélée difficile dans les faits et sans corrélation avec la raison d'être de l'imposition de l'obligation d'équité procédurale. Ce qui importe dans l'évaluation des actes de l'employeur public à l'endroit de son employé, c'est la nature de la relation d'emploi : lorsqu'elle est contractuelle, elle doit être considérée comme toute autre relation d'emploi assujettie au droit privé, même lorsque l'employé est titulaire d'une charge.

[113] L'analyse doit donc s'attacher d'abord à la nature du lien d'emploi avec l'organisme public. Depuis l'arrêt *Wells*, la plupart des relations d'emploi dans la fonction publique sont tenues pour contractuelles. Lorsque le lien est contractuel, tout différend relatif au congédiement doit être réglé comme le prévoit expressément ou implicitement le contrat d'emploi et conformément aux dispositions législatives ou réglementaires applicables, que l'employé soit ou non titulaire de charge. L'organisme public qui renvoie un employé en application d'un contrat d'emploi ne devrait pas être assujetti en outre à une obligation d'équité reconnue en droit public. Lorsque le congédiement contrevient au contrat, le fonctionnaire dispose des recours habituels suivant le droit des contrats.

[114] Les principes formulés dans l'arrêt *Knight* relativement à l'obligation générale d'équité à laquelle est tenu l'organisme public dont la décision touche les droits, les privilèges ou les biens d'une personne demeurent valables et importants. Toutefois, dans la mesure où les juges majoritaires n'ont pas tenu compte de l'effet déterminant d'un contrat d'emploi, l'arrêt ne devrait pas être suivi. L'employé qu'un contrat protège contre le congédiement injuste devait pouvoir exercer un recours en droit privé, et non en droit public.

[115] Il convient donc généralement de considérer le congédiement d'un employé du secteur public comme un différend ordinaire en droit du travail. Il peut quand même arriver que l'obligation d'équité procédurale s'applique. Deux situations peuvent actuellement être envisagées. La

protected by a contract of employment. This will be the case with judges, ministers of the Crown and others who "fulfill constitutionally defined state roles" (*Wells*, at para. 31). It may also be that the terms of appointment of some public office holders expressly provide for summary dismissal or, at the very least, are silent on the matter, in which case the office holders may be deemed to hold office "at pleasure" (see e.g. New Brunswick *Interpretation Act*, s. 20; *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 23(1)). Because an employee in this situation is truly subject to the will of the Crown, procedural fairness is required to ensure that public power is not exercised capriciously.

[116] A second situation occurs when a duty of fairness flows by necessary implication from a statutory power governing the employment relationship. In *Malloch*, the applicable statute provided that dismissal of a teacher could only take place if the teacher was given three weeks' notice of the motion to dismiss. The House of Lords found that this necessarily implied a right for the teacher to make representations at the meeting where the dismissal motion was being considered. Otherwise, there would have been little reason for Parliament to have provided for the notice procedure in the first place (p. 1282). Whether and what type of procedural requirements result from a particular statutory power will of course depend on the specific wording at issue and will vary with the context (*Knight*, at p. 682).

B. *Conclusion*

[117] In this case, the appellant was a contractual employee of the respondent in addition to being a public office holder. Section 20 of the *Civil Service Act* provided that, as a civil servant, he could only be dismissed in accordance with the ordinary rules of contract. In these circumstances it was unnecessary to consider any public law duty of procedural fairness. The respondent was fully within its rights

première est celle où l'employé du secteur public n'est pas protégé dans les faits par un contrat d'emploi, comme c'est le cas des ministres de la Couronne et d'autres personnes qui « remplissent au sein de l'État des rôles définis constitutionnellement » (*Wells*, par. 31). Il peut aussi arriver que la nomination autorise expressément le congédiement sommaire du titulaire de la charge publique ou, à tout le moins, qu'elle ne prévoit rien à ce sujet, auquel cas l'intéressé peut être réputé occuper son poste à titre amovible (voir notamment la *Loi d'interprétation* du Nouveau-Brunswick, art. 20, et la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, par. 23(1)). Étant donné que l'employé est alors véritablement soumis à la volonté de l'État, l'obligation d'équité procédurale doit être imposée afin que le pouvoir public ne soit pas exercé de façon irrégulière.

[116] Dans la deuxième situation possible, l'obligation d'équité découle, par déduction nécessaire, d'un pouvoir légal régissant la relation d'emploi. Dans l'affaire *Malloch*, la loi applicable prévoyait qu'un enseignant ne pouvait être congédié qu'après avoir été informé trois semaines à l'avance de la tenue de la réunion où son congédiement serait proposé. La Chambre des lords a estimé que l'enseignant avait nécessairement le droit d'être entendu à cette réunion, sinon l'avis exigé par le législateur n'aurait eu aucune raison d'être (p. 1282). Naturellement, l'existence d'exigences procédurales et leur nature dépendront du libellé de la disposition en cause et varieront selon le contexte (*Knight*, p. 682).

B. *Conclusion*

[117] En l'espèce, l'appelant était à la fois titulaire d'une charge publique et employé contractuel de l'intimée. L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* prévoyait qu'à titre de fonctionnaire, il ne pouvait être congédié que suivant les règles contractuelles ordinaires. Il n'était donc pas nécessaire de tenir compte de quelque obligation d'équité procédurale en droit public. L'intimée

to dismiss the appellant with pay in lieu of notice without affording him a hearing. The respondent dismissed the appellant with four months' pay in lieu of notice. The appellant was successful in increasing this amount to eight months. The appellant was protected by contract and was able to obtain contractual remedies in relation to his dismissal. By imposing procedural fairness requirements on the respondent over and above its contractual obligations and ordering the full "reinstatement" of the appellant, the adjudicator erred in his application of the duty of fairness and his decision was therefore correctly struck down by the Court of Queen's Bench.

pouvait parfaitement congédier l'appelant en lui versant une indemnité tenant lieu de préavis, sans lui offrir la possibilité d'être entendu. Elle a versé à l'appelant quatre mois de salaire tenant lieu de préavis, et ce dernier a obtenu que cette indemnité soit portée à huit mois de salaire. Bénéficiant de la protection d'un contrat, l'appelant a pu obtenir des mesures de réparation de nature contractuelle en liaison avec son congédiement. En assujettissant l'intimée à l'obligation d'équité procédurale en sus de ses obligations contractuelles et en ordonnant la réintégration de l'appelant, l'arbitre a commis une erreur dans l'application de l'obligation d'équité, et la Cour du Banc de la Reine a annulé à bon droit sa décision.

V. Disposition

[118] We would dismiss the appeal. There will be no order for costs in this Court as the respondent is not requesting them.

V. Dispositif

[118] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Aucune demande n'ayant été présentée en ce sens par l'intimée, aucune ordonnance n'est rendue relativement aux dépens devant la Cour.

The following are the reasons delivered by

[119] BINNIE J. — I agree with my colleagues that the appellant's former employment relationship with the respondent is governed by contract. The respondent chose to exercise its right to terminate the employment without alleging cause. The adjudicator adopted an unreasonable interpretation of s. 20 of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1, and of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25. The appellant was a non-unionized employee whose job was terminated in accordance with contract law. Public law principles of procedural fairness were not applicable in the circumstances. These conclusions are enough to dispose of the appeal.

Version française des motifs rendus par

[119] LE JUGE BINNIE — Je conviens avec mes collègues que le lien d'emploi était régi par un contrat. L'intimée a exercé son droit de mettre fin à l'emploi de l'appelant sans invoquer de motif. L'arbitre a interprété l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, ainsi que le par. 97(2.1) et l'art. 100.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, d'une manière déraisonnable. L'appelant était un employé non syndiqué, et l'intimée a mis fin à son emploi conformément au droit contractuel. Les principes du droit public relatifs à l'équité procédurale ne s'appliquaient pas dans les circonstances. Ces conclusions suffisent pour statuer sur le pourvoi.

[120] However, my colleagues Bastarache and LeBel JJ. are embarked on a more ambitious mission, stating that:

> Although the instant appeal deals with the particular problem of judicial review of the decisions of an

[120] Cependant, mes collègues les juges Bastarache et LeBel s'attellent à une tâche plus ambitieuse et affirment ce qui suit :

> Même si le présent pourvoi porte plus particulièrement sur le contrôle judiciaire d'une décision arbitrale,

adjudicative tribunal, these reasons will address first and foremost the structure and characteristics of the system of judicial review as a whole.

. . .

. . . The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable. [Emphasis added; paras. 33 and 32.]

[121] The need for such a re-examination is widely recognized, but in the end my colleagues' reasons for judgment do not deal with the "system as a whole". They focus on administrative tribunals. In that context, they reduce the applicable standards of review from three to two ("correctness" and "reasonableness"), but retain the pragmatic and functional analysis, although now it is to be called the "standard of review analysis" (para. 63). A broader reappraisal is called for. Changing the name of the old pragmatic and functional test represents a limited advance, but as the poet says:

What's in a name? that which we call a rose
By any other name would smell as sweet;

(*Romeo and Juliet*, Act II, Scene ii)

[122] I am emboldened by my colleagues' insistence that "a holistic approach is needed when considering fundamental principles" (para. 26) to express the following views. Judicial review is an idea that has lately become unduly burdened with law office metaphysics. We are concerned with substance not nomenclature. The words themselves are unobjectionable. The dreaded reference to "functional" can simply be taken to mean that generally speaking courts have the last word on what *they* consider the correct decision on legal matters (because deciding legal issues is their "function"), while administrators should generally have the last word within *their* function, which is to decide administrative matters. The word "pragmatic" not only signals a distaste for formalism but recognizes that a conceptually tidy division of functions has to be tempered by

dans les présents motifs, la Cour se penche avant tout sur l'architecture et les caractéristiques du mécanisme de contrôle judiciaire dans son ensemble.

. . .

. . . Le temps est venu de revoir le contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada et d'établir un cadre d'analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel. [Nous soulignons; par. 33 et 32.]

[121] La nécessité d'un tel réexamen est largement reconnue, mais en fin de compte, mes collègues ne s'attaquent pas au « mécanisme dans son ensemble ». Leurs motifs visent les tribunaux administratifs. Dans ce contexte, ils ramènent le nombre de normes de contrôle applicables de trois à deux (la « décision correcte » et la « décision raisonnable »), mais conservent l'analyse pragmatique et fonctionnelle, qu'ils rebaptisent « analyse relative à la norme de contrôle » (par. 63). Une réévaluation plus vaste s'impose. Modifier l'appellation de l'ancienne analyse pragmatique et fonctionnelle constitue une modeste avancée, mais comme dit le poète :

Qu'y a-t-il dans un nom?
Ce que nous appelons une rose embaumerait autant sous un autre nom.

(*Roméo et Juliette*, acte II, scène ii)

[122] Vu l'affirmation de mes collègues selon laquelle « l'examen de principes fondamentaux commande une démarche globale » (par. 26), j'ose exprimer mon point de vue sur le sujet. Ces dernières années, des débats métaphysico-juridiques ont indûment embrouillé la notion de contrôle judiciaire. Il s'agit de modifier le mécanisme lui-même, et non son appellation. En eux-mêmes, les termes employés n'ont rien de répréhensible. Le redoutable qualificatif « fonctionnel » peut simplement être interprété comme conférant généralement aux cours de justice le pouvoir de décider en fin de compte ce qui, à *leur* avis, constitue la bonne décision sur le plan juridique (leur « fonction » étant de statuer sur les questions de droit), alors que le décideur administratif devrait généralement avoir le dernier mot dans l'exercice de *sa* fonction, qui consiste à trancher en matière administrative. Non

practical considerations: for example, a labour board is better placed than the courts to interpret the intricacies of provisions in a labour statute governing replacement of union workers; see e.g. *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

[123] Parliament or a provincial legislature is often well advised to allocate an administrative decision to someone other than a judge. The judge is on the outside of the administration looking in. The legislators are entitled to put their trust in the viewpoint of the designated decision maker (particularly as to what constitutes a reasonable outcome), not only in the case of the administrative tribunals of principal concern to my colleagues but (taking a "holistic approach") also in the case of a minister, a board, a public servant, a commission, an elected council or other administrative bodies and statutory decision makers. In the absence of a full statutory right of appeal, the court ought generally to respect the exercise of the administrative discretion, particularly in the face of a privative clause.

[124] On the other hand, a court is right to insist that *its* view of the correct opinion (i.e. the "correctness" standard of review) is accepted on questions concerning the Constitution, the common law, and the interpretation of a statute other than the administrator's enabling statute (the "home statute") or a rule or statute closely connected with it; see generally D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (looseleaf), at para. 14:2210.

[125] Thus the law (or, more grandly, the "rule of law") sets the boundaries of potential administrative action. It is sometimes said by judges that an administrator acting within his or her discretion

seulement l'adjectif « pragmatique » exprime une répugnance pour le formalisme, mais il reconnaît également la nécessité de tempérer la stricte division conceptuelle des fonctions par des considérations pratiques (p. ex., le fait qu'un conseil des relations de travail est plus à même qu'une cour de justice d'interpréter les subtilités de dispositions législatives sur le travail régissant le remplacement de travailleurs syndiqués : voir, entre autres, *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227).

[123] Souvent, le législateur fédéral ou provincial est bien inspiré de confier à un autre organisme qu'une cour de justice le soin de rendre une décision administrative. La cour de justice a sur l'Administration un point de vue extérieur à celle-ci. Il est loisible au législateur de s'en remettre au jugement d'un décideur qu'il désigne (en particulier quant à la raisonnabilité du résultat) non seulement dans le cas des tribunaux administratifs auxquels s'intéressent principalement mes collègues, mais aussi (suivant une démarche globale) dans le cas d'un ministre, d'un organisme, d'un fonctionnaire, d'un corps élu ou d'un autre organisme administratif ou d'origine législative. En l'absence d'un droit d'appel inconditionnel prévu par la loi, la cour de révision doit généralement respecter l'exercice du pouvoir discrétionnaire, surtout en présence d'une clause privative.

[124] Par contre, elle peut légitimement soutenir que ce qu'*elle* estime constituer la bonne décision (la norme de la « décision correcte ») prévaut pour les questions relatives à la Constitution, au droit commun et à l'interprétation d'autres lois que la loi habilitante du décideur administratif (sa « loi constitutive ») ou une règle ou un texte législatif étroitement lié à celle-ci : voir généralement D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), par. 14 : 2210.

[125] Le droit ou, plus solennellement, la « règle de droit », délimite donc la portée de l'action administrative possible. Les juges disent parfois que dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le

"has the right to be wrong". This reflects an unduly court-centred view of the universe. A disagreement between the court and an administrator does not necessarily mean that the administrator is wrong.

A. *Limits on the Allocation of Decision Making*

[126] It should not be difficult in the course of judicial review to identify legal questions requiring disposition by a judge. There are three basic legal limits on the allocation of administrative discretion.

[127] Firstly, the Constitution restricts the legislator's ability to allocate issues to administrative bodies which s. 96 of the *Constitution Act, 1867* has allocated to the courts. The logic of the constitutional limitation is obvious. If the limitation did not exist, the government could transfer the work of the courts to administrative bodies that are not independent of the executive and by statute immunize the decisions of these bodies from effective judicial review. The country would still possess an independent judiciary, but the courts would not be available to citizens whose rights or interests are trapped in the administration.

[128] Secondly, administrative action must be founded on statutory or prerogative (i.e. common law) powers . This too is a simple idea. No one can exercise a power they do not possess. Whether or not the power (or jurisdiction) exists is a question of law for the courts to determine, just as it is for the courts (not the administrators) to have the final word on questions of general law that may be relevant to the resolution of an administrative issue. The instances where this Court has deferred to an administrator's conclusion of law *outside* his or her home statute, or a statute "intimately" connected thereto, are exceptional. We should say so. Instead, my colleagues say the court's view of the law will prevail

décideur administratif « a le droit de se tromper », ce qui traduit, de la part des cours de justice, une conception de l'univers centrée sur elles-mêmes. Ce n'est pas parce que la cour est en désaccord avec le décideur administratif que ce dernier a nécessairement tort.

A. *Les limites imposées à l'attribution du pouvoir décisionnel*

[126] Lors du contrôle judiciaire, la détermination des questions de droit devant être tranchées par une cour de justice ne devrait pas être ardue. Trois éléments restreignent fondamentalement l'attribution du pouvoir discrétionnaire administratif.

[127] En premier lieu, la Constitution empêche le législateur de confier à un organisme administratif le règlement d'une question qui relève d'une cour de justice suivant l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et ce, pour une raison manifeste. Si ce n'était pas le cas, l'État pourrait confier la tâche des tribunaux judiciaires à des organismes administratifs qui ne sont pas indépendants de l'exécutif et, par voie législative, soustraire les décisions de ces organismes à un véritable contrôle judiciaire. Le pays conserverait un pouvoir judiciaire indépendant, mais les cours de justice seraient hors de portée des citoyens dont les droits sont piégés dans l'appareil administratif.

[128] En deuxième lieu, l'action administrative doit s'appuyer sur un pouvoir conféré par la loi ou découlant d'une prérogative (c.-à-d. de la common law). Là également, le principe est simple. Nul ne peut exercer un pouvoir dont il n'est pas investi. Il appartient à la cour de révision de statuer sur la question de droit que constitue l'existence ou l'inexistence d'un pouvoir (ou d'une compétence), tout comme il lui revient (et non au décideur administratif) de trancher en dernier ressort les questions de droit générales susceptibles de jouer dans le règlement d'une question administrative. Ce n'est qu'exceptionnellement que la Cour a déféré à une conclusion de droit tirée par un décideur administratif dans l'application d'*autres* dispositions que celles de sa loi constitutive ou d'une loi « intimement » liée à celle-ci. Disons-le. Au lieu de cela, mes collègues estiment que l'interprétation préconisée par la cour de révision l'emporte

where the question at issue is one of general law "that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise". [para. 60]

It is, with respect, a distraction to unleash a debate in the reviewing judge's courtroom about whether or not a particular question of law is "of central importance to the legal system as a whole". It should be sufficient to frame a rule exempting from the correctness standard the provisions of the home statute and closely related statutes which require the expertise of the administrative decision maker (as in the labour board example). Apart from that exception, we should prefer clarity to needless complexity and hold that the last word on questions of general law should be left to judges.

[129] Thirdly, a fair procedure is said to be the handmaiden of justice. Accordingly, procedural limits are placed on administrative bodies by statute and the common law. These include the requirements of "procedural fairness", which will vary with the type of decision maker and the type of decision under review. On such matters, as well, the courts have the final say. The need for such procedural safeguards is obvious. Nobody should have his or her rights, interests or privileges adversely dealt with by an unjust process. Nor is such an unjust intent to be attributed easily to legislators. Hansard is full of expressions of concern by Ministers and Members of Parliament regarding the fairness of proposed legislative provisions. There is a dated *hauteur* about judicial pronouncements such as that the "justice of the common law will supply the omission of the legislature" (*Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414 (C.P.), at p. 420). Generally speaking, legislators and judges in this country are working with a common set of basic legal and constitutional values. They share a belief in the rule of law. Constitutional considerations aside, however, statutory protections can nevertheless be repealed and common law protections can be modified by statute, as was demonstrated in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor*

dans le cas d'une question de droit générale « à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre ». [par. 60]

Sauf le respect que je leur dois, tout débat quant à savoir si une question de droit donnée est « d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » distrait la cour dans l'accomplissement de sa tâche. Il devrait suffire de soustraire à l'application de la norme de la décision correcte l'interprétation de la loi constitutive du décideur administratif ou de quelque loi très connexe faisant appel à l'expertise de ce dernier (en matière de relations de travail, par exemple). Cette exception mise à part, nous devrions préférer la clarté à la complexité superflue et statuer que la cour de révision a le dernier mot sur une question de droit générale.

[129] En troisième lieu, le caractère équitable de la procédure est censé être au service de la justice. C'est pourquoi le législateur et la common law imposent aux organismes administratifs des obligations en la matière — dont l'« équité procédurale » — qui varient selon la catégorie à laquelle appartient le décideur et la nature de la décision en cause. La cour de révision a le dernier mot à ce chapitre aussi. La nécessité de telles garanties procédurales est manifeste. Nul ne devrait voir ses droits, ses intérêts ou ses privilèges faire l'objet d'une décision défavorable à l'issue d'une procédure injuste. On ne saurait non plus prêter au législateur l'intention d'obtenir pareil résultat inique. Le Hansard regorge de préoccupations exprimées par des ministres et des députés concernant le caractère équitable des dispositions législatives proposées. Certaines affirmations, telle la [TRADUCTION] « justice de la common law suppléera aux lacunes du législateur » (*Cooper c. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414 (C.P.), p. 420), traduisent une attitude hautaine dépassée à l'égard des décisions de justice. En règle générale, les législateurs et les juges de ce pays exercent leurs fonctions à partir d'un ensemble commun de valeurs juridiques et constitutionnelles. Ils partagent une même foi dans la primauté du droit. Toutefois, abstraction faite du respect de la Constitution, une

Control and Licensing Branch), [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52.

B. *Reasonableness of Outcome*

[130] At this point, judicial review shifts gears. When the applicant for judicial review challenges the substantive *outcome* of an administrative action, the judge is invited to cross the line into second-guessing matters that lie within the function of the administrator. This is controversial because it is not immediately obvious why a judge's view of the reasonableness of an administrative policy or the exercise of an administrative discretion should be preferred to that of the administrator to whom Parliament or a legislature has allocated the decision, unless there is a full statutory right of appeal to the courts, or it is otherwise indicated in the conferring legislation that a "correctness" standard is intended.

[131] In *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, Beetz J. adopted the view that "[t]o a large extent judicial review of administrative action is a specialized branch of statutory interpretation" (p. 1087 (emphasis deleted)). Judicial intervention in administrative decisions on grounds of substance (in the absence of a constitutional challenge) has been based on presumed legislative intent in a line of cases from *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680 (C.A.) ("you may have something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority" (p. 683)) to *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.* ("was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation . . . ?" (p. 237)). More recent examples are *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (para. 53), and *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*,

garantie légale peut tout de même être abrogée et celle offerte par la common law, modifiée par la loi, comme cela avait été le cas dans l'affaire *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52.

B. *La raisonnabilité du résultat*

[130] À cette étape, l'objet du contrôle judiciaire devient différent. Lorsque le demandeur conteste une mesure administrative quant au fond, la cour de révision est invitée à faire un pas de plus et à remettre en question une décision relevant du décideur administratif, ce qui prête à controverse. En effet, en ce qui concerne la raisonnabilité d'une politique administrative ou de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif, il n'y a pas de raison évidente de préférer l'appréciation judiciaire à celle du décideur administratif auquel le législateur a attribué le pouvoir de trancher, sauf lorsque la loi prévoit un droit d'appel inconditionnel devant une cour de justice ou que l'intention du législateur d'assujettir le décideur à la norme de la décision correcte ressort par ailleurs de la loi habilitante.

[131] Dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, le juge Beetz a estimé que « [d]ans une large mesure, l'examen judiciaire d'un acte administratif est une division spécialisée de l'interprétation des lois » (p. 1087 (soulignement omis)). Dans une série d'affaires allant d'*Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680 (C.A.) (où il est dit à la p. 683 : [TRADUCTION] « on peut se trouver en présence de quelque chose de si absurde qu'il ne viendrait jamais à l'idée d'une personne sensée que cela relève des pouvoirs de l'autorité ») à *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963* (où la Cour se demande à la p. 237 : « l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente . . . ? »), le contrôle judiciaire de décisions administratives sur le fond (en l'absence d'une allégation d'inconstitutionnalité) s'est appuyé sur l'intention présumée du législateur. Au nombre des arrêts plus récents, mentionnons *Baker c. Canada (Ministre de la*

[2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41 (paras. 60-61). Judicial review proceeds on the justified presumption that legislators do not intend results that depart from *reasonable* standards.

C. *The Need to Reappraise the Approach to Judicial Review*

[132] The present difficulty, it seems, does not lie in the component parts of judicial review, most of which are well entrenched in decades of case law, but in the current methodology for putting those component parts into action. There is afoot in the legal profession a desire for clearer guidance than is provided by lists of principles, factors and spectrums. It must be recognized, of course, that complexity is inherent in all legal principles that must address the vast range of administrative decision making. The objection is that our present "pragmatic and functional" approach is more complicated than is required by the subject matter.

[133] People who feel victimized or unjustly dealt with by the apparatus of government, and who have no recourse to an administrative appeal, should have access to an independent judge through a procedure that is quick and relatively inexpensive. Like much litigation these days, however, judicial review is burdened with undue cost and delay. Litigants understandably hesitate to go to court to seek redress for a perceived administrative injustice if their lawyers cannot predict with confidence even what standard of review will be applied. The disposition of the case may well *turn* on the choice of standard of review. If litigants do take the plunge, they may find the court's attention focussed not on their complaints, or the government's response, but on lengthy and arcane discussions of something they are told is the pragmatic and functional test. Every hour of a lawyer's preparation and court time devoted to unproductive "lawyer's talk" poses a significant cost to the applicant. If the challenge is unsuccessful, the unhappy applicant may also

Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817 (par. 53), et *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41 (par. 60-61). Le contrôle judiciaire se fonde sur la présomption légitime que le législateur n'a pas voulu de résultats qui ne répondent pas à quelque norme de *raisonnabilité*.

C. *La réévaluation nécessaire du mécanisme de contrôle judiciaire*

[132] Il appert que la difficulté actuelle réside non pas dans les éléments constitutifs du contrôle judiciaire, dont la plupart sont bien ancrés dans des décennies de jurisprudence, mais bien dans la méthode couramment employée pour les mettre à l'œuvre. La profession juridique appelle de ses vœux l'établissement de repères plus clairs que ceux offerts par des énumérations de principes, de facteurs et d'échelles. Force est toutefois de reconnaître que la complexité est inhérente à tout principe juridique devant s'appliquer à une vaste gamme de décisions administratives. Ce que l'on reproche à l'actuelle analyse « pragmatique et fonctionnelle » c'est d'être plus compliquée qu'elle ne le devrait.

[133] La personne qui s'estime victime de l'appareil gouvernemental ou traitée injustement par celui-ci, et à qui l'Administration ne confère aucun droit d'appel, devrait avoir accès à un tribunal judiciaire indépendant au moyen d'une procédure rapide et relativement peu coûteuse. Or, comme bien des instances engagées de nos jours, le contrôle judiciaire est à la fois trop coûteux et trop long. On comprend le justiciable d'hésiter à s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation à l'égard de ce qu'il considère comme une injustice administrative lorsque son avocat ne peut même pas prévoir avec certitude quelle norme de contrôle s'appliquera. Pourtant, l'issue du recours peut bien *dépendre* de la norme de contrôle retenue. Le justiciable qui va de l'avant constate que la cour ne met pas l'accent sur sa prétention ou sur la mesure prise par l'État, mais qu'elle arbitre plutôt un long et mystérieux débat sur une méthode dite « pragmatique et fonctionnelle ». Chaque heure de préparation et de vacation que consacre l'avocat à un débat

face a substantial bill of costs from the successful government agency. A victory before the reviewing court may be overturned on appeal because the wrong "standard of review" was selected. A small business denied a licence or a professional person who wants to challenge disciplinary action should be able to seek judicial review without betting the store or the house on the outcome. Thus, in my view, the law of judicial review should be pruned of some of its unduly subtle, unproductive, or esoteric features.

D. *Standards of Review*

[134] My colleagues conclude that three standards of review should be reduced to two standards of review. I agree that this simplification will avoid some of the arcane debates about the point at which "unreasonableness" becomes "patent unreasonableness". However, in my view the repercussions of their position go well beyond administrative tribunals. My colleagues conclude, and I agree:

> Looking to either the magnitude or the immediacy of the defect in the tribunal's decision provides no meaningful way in practice of distinguishing between a patently unreasonable and an unreasonable decision. [para. 41]

More broadly, they declare that "the analytical problems that arise in trying to apply the different standards undercut any conceptual usefulness created by the inherently greater flexibility of having multiple standards of review" (para. 44), and "any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory" (para. 41). A test which is incoherent when applied to administrative tribunals does not gain in coherence or logic when applied to other administrative decision makers such as mid-level bureaucrats or, for that matter, Ministers. If logic and language cannot capture the distinction in one context, it must equally be deficient elsewhere in the field of judicial review. I therefore proceed on the basis that the distinction between "patent unreasonableness" and "reasonableness *simpliciter*" has been declared by the Court

juridique improductif coûte cher au client. De plus, le demandeur débouté peut bien devoir verser des dépens substantiels au gouvernement. La décision favorable rendue par la cour de révision peut être infirmée en appel au motif que la bonne « norme de contrôle » n'a pas été appliquée. La petite entreprise à qui on refuse un permis ou le professionnel qui fait l'objet d'une mesure disciplinaire devrait pouvoir demander le contrôle judiciaire de la décision sans miser son commerce ou sa maison sur l'issue de l'instance. C'est pourquoi le droit applicable en la matière devrait à mon sens être débarrassé de certaines caractéristiques indûment subtiles, improductives ou ésotériques.

D. *Les normes de contrôle*

[134] Mes collègues concluent que les trois normes de contrôle devraient être ramenées à deux. Cette simplification permettra certes d'éviter certains échanges obscurs sur le moment auquel une décision « déraisonnable » devient « manifestement déraisonnable », mais selon moi, elle aura des répercussions sur bien d'autres décideurs. Je souscris à l'avis de mes collègues lorsqu'ils affirment :

> Dans les faits, ni l'importance du défaut entachant la décision ni son caractère flagrant ne permettent vraiment de distinguer une décision manifestement déraisonnable d'une décision déraisonnable. [par. 41]

D'un point de vue général, ils ajoutent que « les difficultés analytiques soulevées par l'application des différentes normes réduisent à néant toute utilité conceptuelle découlant de la plus grande souplesse propre à l'existence de normes de contrôle multiples » (par. 44), puis « toute différence réelle sur le plan de l'application se révèle illusoire » (par. 41). Un test incohérent appliqué à un tribunal administratif ne gagne pas en cohérence ou en logique lorsqu'il s'applique à un autre décideur administratif, qu'il s'agisse d'un fonctionnaire de rang moyen, voire d'un ministre. Lorsque ni la logique ni la langue ne peuvent saisir la distinction dans un contexte, elles ne peuvent non plus le faire par ailleurs dans le domaine du contrôle judiciaire. Je suppose donc que la Cour abandonne la distinction entre le « manifestement déraisonnable » et le

to be abandoned. I propose at this point to examine what I see as some of the implications of this abandonment.

E. *Degrees of Deference*

[135] The distinction between reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness was not directed merely to "the magnitude or the immediacy of the defect" in the administrative decision (para. 41). The distinction also recognized that different administrative decisions command different degrees of deference, depending on who is deciding what.

[136] A minister making decisions under the *Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23, to surrender a fugitive, for example, is said to be "at the extreme legislative end of the *continuum* of administrative decision-making" (*Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at p. 659). On the other hand, a ministerial delegate making a deportation decision according to ministerial guidelines was accorded considerably less deference in *Baker* (where the "reasonableness *simpliciter*" standard was applied). The difference does not lie only in the judge's view of the perceived immediacy of the defect in the administrative decision. In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, a unanimous Court adopted the caution in the context of counter-terrorism measures that "[i]f the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove" (para. 33). Administrative decision makers generally command respect more for their expertise than for their prominence in the administrative food chain. Far more numerous are the lesser officials who reside in the bowels and recesses of government departments adjudicating pension benefits or the granting or withholding of licences, or municipal boards poring over budgets or allocating costs of local improvements. Then there are the Cabinet and Ministers of the Crown who make broad decisions of public policy such as testing cruise missiles, *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, or policy decisions

« raisonnable *simpliciter* ». Je me penche maintenant sur certaines des conséquences que me paraît avoir cet abandon.

E. *Les degrés de déférence*

[135] La distinction entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et celle de la décision manifestement déraisonnable ne tenait pas seulement à « l'importance du défaut entachant la décision [administrative] ni [à] son caractère flagrant » (par. 41). Elle reconnaissait aussi le fait que différentes décisions administratives appellent différents degrés de déférence, selon l'identité du décideur et la nature de la décision.

[136] On dit par exemple de la décision du ministre d'extrader un fugitif en application de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23, qu'elle « se situe à l'extrême limite législative du processus décisionnel administratif » (*Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 659). Par contre, la décision d'un représentant du ministre d'expulser une personne sur le fondement de lignes directrices ministérielles a fait l'objet d'une déférence bien moins grande dans l'affaire *Baker*, où la norme de la « décision raisonnable *simpliciter* » a été appliquée. La distinction ne tient pas seulement à l'opinion du juge quant au caractère flagrant du défaut entachant la décision administrative. Dans l'affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, la Cour a fait sienne à l'unanimité la mise en garde suivante applicable dans le contexte de mesures contre le terrorisme : [TRADUCTION] « Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu'elle peut écarter » (par. 33). En règle générale, le décideur administratif commande le respect davantage pour son expertise que pour son importance dans la hiérarchie de l'État. Les fonctionnaires de rang inférieur qui, dans le dédale des différents ministères, accordent prestations de retraite et autres ou délivrent (ou refusent) permis et licences, ou encore, les organismes municipaux qui planchent sur des budgets ou répartissent les coûts d'améliorations locales, sont de loin les décideurs les plus nombreux. Puis il y a le Cabinet et

arising out of decisions of major administrative tribunals, as in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 753, where the Court said: "The very nature of the body must be taken into account in assessing the technique of review which has been adopted by the Governor in Council."

les ministres qui prennent des décisions politiques de large portée comme celle de permettre l'essai de missiles de croisière (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441) ou des décisions politiques dans la foulée de tribunaux administratifs de premier plan, comme dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, où la Cour a dit qu'« [i]l faut, dans l'évaluation de la technique de révision adoptée par le gouverneur en conseil, tenir compte de la nature même de ce corps constitué » (p. 753).

[137] Of course, the degree of deference also depends on the nature and content of the question. An adjudicative tribunal called on to approve pipelines based on "public convenience and necessity" (*Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322) or simply to take a decision in the "public interest" is necessarily accorded more room to manoeuvre than is a professional body, given the task of determining an appropriate sanction for a member's misconduct (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20).

[137] Bien sûr, le degré de déférence tient aussi à la nature et à la teneur de la question à trancher. Le tribunal administratif appelé à approuver un pipeline sur le fondement de l'« utilité publique » (*Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322) ou simplement à rendre une décision « dans l'intérêt public » jouit nécessairement d'une plus grande marge de manœuvre que l'organisme professionnel auquel il incombe de déterminer la sanction qu'il convient d'imposer à un membre pris en faute (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20).

[138] In our recent jurisprudence, the "nature of the question" before the decision maker has been considered as one of a number of elements to be considered in choosing amongst the various standards of review. At this point, however, I believe it plays a more important role in terms of substantive review. It helps to define the range of reasonable outcomes within which the administrator is authorized to choose.

[138] Dans la jurisprudence récente de la Cour, la « nature de la question » soumise au décideur est considérée comme l'un des éléments à prendre en compte pour arrêter la bonne norme de contrôle. Maintenant, je crois cependant qu'elle joue un rôle plus déterminant sur le fond. Elle contribue en effet à circonscrire les issues raisonnables qui s'offrent au décideur administratif.

[139] The judicial sensitivity to different levels of respect (or deference) required in different situations is quite legitimate. "Contextualizing" a single standard of review will shift the debate (slightly) from choosing *between* two standards of reasonableness that each represent a different level of deference to a debate *within* a single standard of reasonableness to determine the appropriate level of deference. In practice, the result of today's decision may be like the bold innovations of a traffic engineer that in the end do no more than shift rush hour congestion from one road intersection to another

[139] Il est parfaitement légitime que les cours se soucient des différents degrés de respect (ou de déférence) que commandent différentes situations. Appliquer en fonction du contexte une norme de contrôle unique transforme (quelque peu) le débat : il ne s'agit plus de choisir *entre* deux normes de raisonnabilité correspondant chacune à un degré de déférence distinct, mais bien de déterminer le bon degré de déférence *à l'intérieur* d'une seule norme de raisonnabilité. Le résultat du présent arrêt pourrait bien s'apparenter dans les faits à celui obtenu par un ingénieur de la circulation routière dont les

without any overall saving to motorists in time or expense.

[140] That said, I agree that the repeated attempts to define and explain the difference between reasonableness *simpliciter* and "patent" unreasonableness can be seen with the benefit of hindsight to be unproductive and distracting. Nevertheless, the underlying issue of degrees of deference (which the two standards were designed to address) remains.

[141] Historically, our law recognized "patent" unreasonableness before it recognized what became known as reasonableness *simpliciter*. The adjective "patent" initially underscored the level of respect that was due to the designated decision maker, and signalled the narrow authority of the courts to interfere with a particular administrative *outcome* on substantive grounds. The reasonableness *simpliciter* standard was added at a later date to recognize a reduced level of deference. Reducing three standards of review to two standards of review does not alter the reality that at the high end "patent" unreasonableness (in the sense of manifestly indefensible) was not a bad description of the hurdle an applicant had to get over to have an administrative decision quashed on a ground of substance. The danger of labelling the most "deferential" standard as "reasonableness" is that it may be taken (wrongly) as an invitation to reviewing judges not simply to identify the usual issues, such as whether irrelevant matters were taken into consideration, or relevant matters were not taken into consideration, but to reweigh the input that resulted in the administrator's decision as if it were the judge's view of "reasonableness" that counts. At this point, the judge's role is to identify the outer boundaries of reasonable outcomes within which the administrative decision maker is free to choose.

F. *Multiple Aspects of Administrative Decisions*

[142] Mention should be made of a further feature that also reflects the complexity of the subject

mesures audacieuses visant à réduire la congestion à l'heure de pointe ne font en fin de compte que déplacer le problème d'une intersection à une autre sans économie globale de temps ou d'argent pour les automobilistes.

[140] Cela dit, je conviens qu'avec le recul, les tentatives répétées de définir et d'expliquer la différence entre la décision raisonnable *simpliciter* et la décision « manifestement » déraisonnable peuvent être tenues pour vaines et importunes. Néanmoins, la question sous-jacente du degré de déférence (que devait régler l'application des deux normes) demeure.

[141] Notre droit a reconnu la norme du « manifestement » déraisonnable avant celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Au départ, l'adverbe « manifestement » soulignait l'importance du respect auquel avait droit le décideur administratif et la minceur du pouvoir de la cour de réviser sa décision sur le fond. La norme du raisonnable *simpliciter* s'est ajoutée subséquemment pour reconnaître un degré de déférence moindre. Malgré l'abaissement du nombre de normes de contrôle de trois à deux, il demeure qu'à la limite supérieure de l'échelle, l'expression « manifestement » déraisonnable (au sens de manifestement indéfendable) rendait assez bien la difficulté que devait surmonter le demandeur pour obtenir l'annulation d'une décision administrative sur le fond. Qualifier de « raisonnable » la décision qui justifie la plus grande déférence risque d'inciter (à tort) les cours de révision à ne pas seulement se poser les questions habituelles (p. ex., des éléments non pertinents ont-ils été pris en compte ou a-t-on fait abstraction d'éléments pertinents?), mais à soupeser à leur tour les données à partir desquelles le décideur administratif a tranché, comme si leur perception de ce qui est « raisonnable » l'emportait. Le rôle de la cour de révision est de délimiter les résultats raisonnables parmi lesquels le décideur administratif est libre de choisir.

F. *Les multiples facettes de la décision administrative*

[142] Il convient de faire état d'une autre caractéristique qui témoigne également de la complexité

matter of judicial review. An applicant may advance several grounds for quashing an administrative decision. He or she may contend that the decision maker has misinterpreted the general law. He or she may argue, in the alternative, that even if the decision maker got the general law straight (an issue on which the court's view of what is correct will prevail), the decision maker did not properly apply it to the facts (an issue on which the decision maker is entitled to deference). In a challenge under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to a surrender for extradition, for example, the minister will have to comply with the Court's view of *Charter* principles (the "correctness" standard), but if he or she correctly appreciates the applicable law, the court will properly recognize a wide discretion in the application of those principles to the particular facts. The same approach is taken to less exalted decision makers (*Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11). In the jargon of the judicial review bar, this is known as "segmentation".

G. *The Existence of a Privative Clause*

[143] The existence of a privative clause is currently subsumed within the "pragmatic and functional" test as one factor amongst others to be considered in determining the appropriate standard of review, where it supports the choice of the patent unreasonableness standard. A single standard of "reasonableness" cannot mean that the degree of deference is unaffected by the existence of a suitably worded privative clause. It is certainly a relevant contextual circumstance that helps to calibrate the intrusiveness of a court's review. It signals the level of respect that must be shown. Chief Justice Laskin during argument once memorably condemned the quashing of a labour board decision protected by a strong privative clause, by saying "what's wrong with these people [the judges], can't they read?" A system of judicial review based on the rule of law ought not to treat a privative clause as conclusive, but it is more than just another "factor" in the hopper of pragmatism and functionality. Its existence should presumptively foreclose judicial review on the basis of *outcome* on substantive grounds unless the applicant can show that the

du contrôle judiciaire. Plusieurs motifs d'annulation peuvent être invoqués à l'encontre d'une décision administrative, dont celui que son auteur a mal interprété le droit général. Subsidiairement, même si le décideur a bien interprété celui-ci (la norme de la décision correcte s'appliquant à cet égard), on peut lui reprocher de ne l'avoir pas correctement appliqué aux faits (le décideur ayant droit à la déférence sur ce point). Lorsque, par exemple, la décision d'extrader une personne est contestée sur le fondement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le ministre doit se conformer à l'interprétation judiciaire des principes constitutionnels (la norme de la « décision correcte »), mais lorsqu'il saisit bien le droit applicable, la cour lui reconnaît à juste titre un large pouvoir discrétionnaire dans l'application de ces principes aux faits de l'espèce. La même approche vaut pour les décideurs de rang inférieur (*Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11). Dans le jargon du contrôle judiciaire, on parle de « fractionnement ».

G. *L'existence d'une clause privative*

[143] L'existence d'une clause privative est actuellement prise en compte lors l'analyse « pragmatique et fonctionnelle » comme l'un des facteurs jouant dans la détermination de la bonne norme de contrôle et elle milite alors en faveur de la norme du manifestement déraisonnable. Même si une seule norme de « raisonnabilité » s'applique, l'existence d'une clause privative convenablement libellée influence nécessairement le degré de déférence. Il s'agit sans aucun doute d'un élément contextuel pertinent qui permet à la cour de moduler son immixtion, et c'est un indice du respect qui s'impose. Lors de plaidoiries, le juge en chef Laskin a un jour vertement condamné l'annulation d'une décision administrative en droit du travail malgré l'application d'une clause privative non équivoque : [TRADUCTION] « Qu'est-ce qui ne va pas chez ces gens [les juges], ils ne savent pas lire? » Un mécanisme de contrôle judiciaire axé sur la primauté du droit ne doit pas tenir une clause privative pour décisive, mais celle-ci constitue davantage qu'un « facteur » parmi d'autres dans l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Sa présence devrait *a priori*

clause, properly interpreted, permits it or there is some legal reason why it cannot be given effect.

H. *A Broader Reappraisal*

[144] "Reasonableness" is a big tent that will have to accommodate a lot of variables that inform and limit a court's review of the outcome of administrative decision making.

[145] The theory of our recent case law has been that once the appropriate standard of review is selected, it is a fairly straightforward matter to apply it. In practice, the criteria for selection among "reasonableness" standards of review proved to be undefinable and their application unpredictable. The present incarnation of the "standard of review" analysis requires a threshold debate about the four factors (non-exhaustive) which critics say too often leads to unnecessary delay, uncertainty and costs as arguments rage before the court about balancing expertise against the "real" nature of the question before the administrator, or whether the existence of a privative clause trumps the larger statutory purpose, and so on. And this is all mere *preparation* for the argument about the actual substance of the case. While a measure of uncertainty is inherent in the subject matter and unavoidable in litigation (otherwise there wouldn't be any), we should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case.

[146] The going-in presumption should be that the standard of review of any administrative outcome on grounds of substance is not correctness but reasonableness ("contextually" applied). The fact that the legislature designated someone other than the court as the decision maker calls for deference to (or judicial respect for) the outcome, absent a broad statutory right of appeal. Administrative decisions generally call for the exercise of discretion. Everybody recognizes in such cases that there is *no* single "correct" outcome. It should also be

faire obstacle au contrôle judiciaire de la *décision* sur le fond, sauf lorsque le demandeur peut établir que la clause, interprétée correctement, l'autorise ou que pour quelque motif juridique, il ne peut être donné effet à celle-ci.

H. *Une réévaluation plus large*

[144] La notion de « raisonnabilité » est vaste et son application devra prendre en compte un grand nombre de variables qui délimitent le contrôle judiciaire d'une décision administrative.

[145] Suivant la jurisprudence récente de notre Cour, une fois arrêtée, la norme de contrôle est en principe relativement simple à appliquer. Or, dans les faits, les critères présidant au choix entre les normes fondées sur la « raisonnabilité » se révèlent indéfinissables et leur application, imprévisible. La démarche actuelle commande l'examen préalable de quatre facteurs (non exhaustifs) qui, selon les détracteurs du mécanisme, prolongent indûment l'instance, accroissent l'incertitude et majorent les coûts, des arguments étant alors présentés à la cour quant à l'adéquation de l'expertise du décideur administratif avec la nature « véritable » de la question à trancher ou quant à la préséance de la clause privative sur l'objet général de la loi, etc. Et tout cela n'est que le *prélude* à la plaidoirie sur la véritable question de fond. Le doute va jusqu'à un certain point de soi en la matière, comme dans tout litige (sinon il n'y en aurait pas), mais nous devrions à tout le moins (i) établir quelques présomptions et (ii) faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond.

[146] Il devrait être présumé au départ que la norme de contrôle de toute décision administrative sur le fond est celle non pas de la décision correcte, mais bien de la raisonnabilité (appliquée selon le contexte). Le fait que le législateur a conféré le pouvoir décisionnel à un autre organisme qu'une cour de justice appelle la déférence (ou le respect judiciaire), sauf droit d'appel général prévu par la loi. La décision administrative suppose normalement l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Nul ne conteste qu'il *ne saurait* alors y avoir qu'une seule

presumed, in accordance with the ordinary rules of litigation, that the decision under review *is* reasonable until the applicant shows otherwise.

[147] An applicant urging the non-deferential "correctness" standard should be required to demonstrate that the decision under review rests on an error in the determination of a *legal* issue not confided (or which constitutionally *could* not be confided) to the administrative decision maker to decide, whether in relation to jurisdiction or the general law. Labour arbitrators, as in this case, command deference on legal matters within their enabling statute or on legal matters intimately connected thereto.

[148] When, then, should a decision be deemed "unreasonable"? My colleagues suggest a test of *irrationality* (para. 46), but the editors of de Smith point out that "many decisions which fall foul of [unreasonableness] have been coldly rational" (*de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at para. 13-003). A decision meeting this description by this Court is *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, where the Minister's appointment of retired judges with little experience in labour matters to chair "interest" arbitrations (as opposed to "grievance" arbitrations) between hospitals and hospital workers was "coldly rational" in terms of the Minister's own agenda, but was held by a majority of this Court to be patently unreasonable in terms of the history, object and purpose of the authorizing legislation. He had not used the appointment power for the purposes for which the legislature had conferred it.

[149] Reasonableness rather than rationality has been the traditional standard and, properly interpreted, it works. That said, a single "reasonableness" standard will now necessarily incorporate *both* the degree of deference formerly reflected in the distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter, and* an assessment

décision correcte. Conformément aux règles qui régissent habituellement les litiges, on devrait aussi présumer que la décision visée par le contrôle *est* raisonnable, sauf preuve contraire du demandeur.

[147] Celui qui préconise l'application de la norme de la décision correcte — soit l'absence de déférence — devrait être tenu de prouver que la décision contestée résulte du règlement erroné d'une question *juridique* ne relevant pas (ou ne *pouvant* pas constitutionnellement relever) du décideur administratif, qu'elle ait trait à la compétence ou au droit en général. Un arbitre en droit du travail, comme celui visé en l'espèce, a droit à la déférence lorsque sa décision porte sur une question de droit relevant de sa loi habilitante ou sur une question de droit très connexe.

[148] Dans quels cas une décision devrait-elle alors être tenue pour « déraisonnable »? Mes collègues proposent le critère de l'*irrationalité* (par. 46). Or, l'introduction de *de Smith, Woolf & Jowell : Judicial Review of Administrative Action* (5e éd. 1995) signale que [TRADUCTION] « nombre de décisions qui heurtent [la raison] se révèlent froidement rationnelles » (par. 13-003). Dans l'affaire *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, où le ministre responsable avait choisi des juges retraités peu familiarisés avec le domaine des relations de travail pour présider des conseils d'arbitrage appelés à statuer sur des différends (et non des griefs) opposant des hôpitaux à leurs employés, la décision du ministre était « froidement rationnelle » au regard des objectifs du ministre, mais les juges majoritaires de la Cour ont estimé qu'elle était manifestement déraisonnable eu égard à l'historique, à l'objet et à la raison d'être de la loi habilitante. Le ministre n'avait pas exercé son pouvoir de désignation aux fins prévues par le législateur.

[149] La norme traditionnelle est celle de la raisonnabilité, et non de la rationalité. Interprétée correctement, elle s'applique fort bien. Dorénavant, toutefois, une norme de « raisonnabilité » unique englobera nécessairement le degré de déférence que traduisait auparavant la distinction entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter,*

of the range of options reasonably open to the decision maker in the circumstances, in light of the reasons given for the decision. Any reappraisal of our approach to judicial review should, I think, explicitly recognize these different dimensions to the "reasonableness" standard.

I. *Judging "Reasonableness"*

[150] I agree with my colleagues that "reasonableness" depends on the context. It must be calibrated to fit the circumstances. A driving speed that is "reasonable" when motoring along a four-lane interprovincial highway is not "reasonable" when driving along an inner city street. The standard ("reasonableness") stays the same, but the reasonableness assessment will vary with the relevant circumstances.

[151] This, of course, is the nub of the difficulty. My colleagues write:

> In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 47]

I agree with this summary but what is required, with respect, is a more easily applied framework into which the judicial review court and litigants can plug in the relevant context. No one doubts that in order to overturn an administrative outcome on grounds of substance (i.e. leaving aside errors of fairness or law which lie within the supervising "function" of the courts), the reviewing court must be satisfied that the outcome was outside the scope of reasonable responses open to the decision maker under its grant of authority, usually a statute. "[T]here is always a perspective", observed Rand J., "within which a statute is intended [by the legislature] to operate": *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140. How is that "perspective" to be ascertained? The reviewing judge will obviously want to consider the precise nature and function of the decision maker including its expertise, the terms and objectives of the governing statute (or common law) conferring the power of decision, including

et la prise en compte des décisions qui auraient pu raisonnablement être rendues dans les circonstances, compte tenu des motifs invoqués. Je suis d'avis que toute réforme du mécanisme de contrôle judiciaire doit reconnaître expressément ces différents aspects de la norme de la « raisonnabilité ».

I. *Statuer sur la « raisonnabilité »*

[150] À l'instar de mes collègues, je crois que la « raisonnabilité » d'une décision tient au contexte. La raisonnabilité doit être adaptée aux circonstances. La limite de vitesse jugée « raisonnable » sur une autoroute interprovinciale à quatre voies ne l'est plus dans une rue du centre-ville. La norme (celle de la « raisonnabilité ») demeure la même, mais l'appréciation du caractère raisonnable varie selon les faits en cause.

[151] Tel est évidemment le nœud du problème. Mes collègues affirment :

> Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [par. 47]

Je suis d'accord, mais sauf le respect que je leur dois, il faut une grille d'analyse que la cour de révision et les parties puissent plus aisément appliquer aux faits en cause. Nul doute que pour infirmer une décision administrative sur le fond (abstraction faite des erreurs relatives à l'équité ou au droit, qui ressortissent à sa fonction de surveillance), la cour de révision doit être convaincue que la décision ne fait pas partie de celles que pouvait raisonnablement rendre le décideur dans l'exercice du pouvoir que lui confère généralement une disposition législative. Comme l'a fait observer le juge Rand, [TRADUCTION] « une loi est toujours censée [suivant l'intention du législateur] s'appliquer dans une certaine optique » : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140. Comment doit-on déterminer cette « optique »? La cour de révision tiendra assurément compte de la nature et de la fonction précises du décideur, y compris son expertise, du libellé et des objectifs de la loi (ou de la common

the existence of a privative clause and the nature of the issue being decided. Careful consideration of these matters will reveal the extent of the discretion conferred, for example, the extent to which the decision formulates or implements broad public policy. In such cases, the range of permissible considerations will obviously be much broader than where the decision to be made is more narrowly circumscribed, e.g., whether a particular claimant is entitled to a disability benefit under governmental social programs. In some cases, the court will have to recognize that the decision maker was required to strike a proper balance (or achieve proportionality) between the adverse impact of a decision on the rights and interests of the applicant or others directly affected weighed against the public purpose which is sought to be advanced. In each case, careful consideration will have to be given to the reasons given for the decision. To this list, of course, may be added as many "contextual" considerations as the court considers relevant and material.

[152] Some of these indicia were included from the outset in the pragmatic and functional test itself (see *Bibeault*, at p. 1088). The problem, however, is that under *Bibeault*, and the cases that followed it, these indicia were used to choose among the different standards of review, which were themselves considered more or less fixed. In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, for example, the Court *rejected* the argument that "it is sometimes appropriate to apply the reasonableness standard more deferentially and sometimes less deferentially depending on the circumstances" (para. 43). It seems to me that collapsing everything beyond "correctness" into a single "reasonableness" standard will require a reviewing court to do exactly that.

[153] The Court's adoption in this case of a single "reasonableness" standard that covers both the degree of deference assessment and the reviewing court's evaluation, in light of the appropriate degree of deference, of whether the decision falls within a range of reasonable administrative choices will require a reviewing court to juggle a number of variables that are necessarily to be considered

law) conférant le pouvoir, y compris la présence d'une clause privative, et de la nature de la question à trancher. L'examen attentif de ces éléments révélera l'étendue du pouvoir discrétionnaire, comme la mesure dans laquelle la décision traduit ou met en œuvre une politique publique générale. Bien sûr, la gamme des éléments pouvant être considérés sera alors plus grande que lorsque la question à trancher est plus étroitement circonscrite (le demandeur a-t-il droit, p. ex., à une prestation d'invalidité en application d'un programme social public?). La cour devra parfois reconnaître que le décideur devait établir un juste équilibre (ou une proportionnalité) entre, d'une part, les répercussions défavorables de la décision sur les droits et les intérêts du demandeur ou d'autres personnes directement touchées et, d'autre part, l'objectif public poursuivi. Elle devra toujours considérer attentivement les motifs de la décision. Elle pourra évidemment prendre en compte tous les autres éléments « contextuels » qu'elle jugera pertinents et importants.

[152] Certains de ces éléments ont été intégrés dès le départ à l'analyse pragmatique et fonctionnelle elle-même (voir l'arrêt *Bibeault*, p. 1088). Or, dans cet arrêt comme dans ceux qui l'ont suivi, ces éléments ont présidé au choix entre les différentes normes de contrôle, lesquelles étaient considérées comme plus ou moins immuables. Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, la Cour a *rejeté* l'argument qu'« il est parfois approprié d'appliquer la norme de la décision raisonnable avec plus de déférence et parfois avec moins de déférence, selon les circonstances » (par. 43). Assujettir tout ce qui n'est pas soumis à la norme de la « décision correcte » à une norme de « raisonnabilité » unique revient à exiger de la cour de révision qu'elle fasse exactement cela.

[153] Le fait que la Cour adopte en l'espèce une norme de « raisonnabilité » unique qui suppose à la fois que l'on arrête le degré de déférence approprié et, compte tenu de celui-ci, que l'on détermine si la décision administrative figure au nombre des choix qui s'offraient raisonnablement au décideur, oblige la cour de révision à soupeser un certain nombre de variables qui doivent nécessairement être

together. Asking courts to have regard to more than one variable is not asking too much, in my opinion. In other disciplines, data are routinely plotted simultaneously along both an *X* axis and a *Y* axis, without traumatizing the participants.

[154] It is not as though we lack guidance in the decided cases. Much has been written by various courts about deference and reasonableness in the particular contexts of different administrative situations. Leaving aside the "pragmatic and functional" test, we have ample precedents to show when it is (or is not) appropriate for a court to intervene in the outcome of an administrative decision. The problem is that courts have lately felt obliged to devote too much time to multi-part threshold tests instead of focussing on the who, what, why and wherefor of the litigant's complaint on its merits.

[155] That having been said, a reviewing court ought to recognize throughout the exercise that fundamentally the "reasonableness" of the outcome is an issue given to others to decide. The exercise of discretion is an important part of administrative decision making. Adoption of a single "reasonableness" standard should not be seen by potential litigants as a lowering of the bar to judicial intervention.

J. *Application to This Case*

[156] Labour arbitrators often have to juggle different statutory provisions in disposing of a grievance. The courts have generally attached great importance to their expertise in keeping labour peace. In this case, the adjudicator was dealing with his "home statute" plus other statutes intimately linked to public sector relations in New Brunswick. He was working on his "home turf", and the legislature has made clear in the privative clause that it intended the adjudicator to determine the outcome of the appellant's grievance. In this field, quick and cheap justice (capped by finality) advances the achievement of the legislative scheme. Recourse to judicial review is discouraged. I would therefore apply a reasonableness standard to the adjudicator's

considérées de pair. Selon moi, exiger des cours de justice qu'elles prennent en compte plus d'une variable à la fois n'est pas excessif. Dans d'autres domaines, il est courant que des données figurent sur l'axe des *X* et l'axe des *Y* sans que cela n'effare les participants.

[154] Ce n'est pas comme si la jurisprudence n'établissait aucun paramètre. Différentes cours de justice se sont prononcées abondamment sur la déférence et la raisonnabilité eu égard à différentes situations administratives. Au-delà de l'analyse « pragmatique et fonctionnelle », un grand nombre de décisions judiciaires permettent de déterminer dans quels cas il convient ou non de réformer une décision administrative. Or, ces dernières années, les cours se sont senties obligées de consacrer un temps considérable à l'application de critères préalables comportant de multiples volets, et ce, au détriment des tenants et des aboutissants du litige.

[155] Cela dit, tout au long de la démarche, la cour de révision doit se rappeler que, fondamentalement, ce n'est pas à elle de juger de la « raisonnabilité » d'une décision. Le pouvoir discrétionnaire joue un rôle important dans le processus décisionnel administratif. Il ne faudrait pas voir dans l'établissement d'une seule norme de « raisonnabilité » un assouplissement des conditions auxquelles une cour de justice peut s'immiscer dans ce processus.

J. *L'application à la présente espèce*

[156] L'arbitre doit souvent appliquer différentes dispositions législatives pour statuer sur un grief. Les tribunaux ont généralement accordé une grande importance à son expertise pour le maintien de la paix sociale. Dans la présente affaire, l'arbitre a appliqué sa « loi constitutive » et d'autres dispositions législatives intimement liées aux relations de travail dans les services publics au Nouveau-Brunswick. Il évoluait sur son propre terrain, et la clause privative indiquait clairement la volonté du législateur de lui laisser le soin de statuer sur le grief de l'appelant. Dans ce domaine, le caractère rapide et peu coûteux de la procédure (le caractère définitif de la décision jouant à cet égard) favorise la mise en œuvre du régime législatif. Le contrôle

interpretation of his "home turf" statutory framework.

[157] Once under the flag of reasonableness, however, the salient question before the adjudicator in this case was essentially legal in nature, as reflected in the reasons he gave for his decision. He was not called on to implement public policy; nor was there a lot of discretion in dealing with a non-unionized employee. The basic facts were not in dispute. He was disposing of a *lis* which he believed to be governed by the legislation. He was right to be conscious of the impact of his decision on the appellant, but he stretched the law too far in coming to his rescue. I therefore join with my colleagues in dismissing the appeal.

The reasons of Deschamps, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

[158] DESCHAMPS J. — The law of judicial review of administrative action not only requires repairs, it needs to be cleared of superfluous discussions and processes. This area of the law can be simplified by examining the *substance* of the work courts are called upon to do when reviewing any case, whether it be in the context of administrative or of appellate review. Any review starts with the identification of the questions at issue as questions of law, questions of fact or questions of mixed fact and law. Very little else needs to be done in order to determine whether deference needs to be shown to an administrative body.

[159] By virtue of the Constitution, superior courts are the only courts that possess inherent jurisdiction. They are responsible both for applying the laws enacted by Parliament and the legislatures and for insuring that statutory bodies respect their legal boundaries. Parliament and the legislatures cannot totally exclude judicial oversight without overstepping the division between legislative or executive powers and judicial powers. Superior courts are, in the end, the protectors of the integrity of the rule of law and the justice system.

judiciaire est déconseillé aux parties. C'est pourquoi j'appliquerais la norme de la raisonnabilité à l'interprétation de sa loi habilitante par l'arbitre.

[157] Dès lors, toutefois, la principale question que devait trancher l'arbitre revêtait essentiellement un caractère juridique, comme l'attestent ses motifs. Il n'avait pas à appliquer une politique publique et il ne jouissait pas d'un large pouvoir discrétionnaire pour trancher à l'égard d'un employé non syndiqué. Les faits fondamentaux n'étaient pas contestés. Il devait statuer sur un différend qui, selon lui, ressortissait à la loi. Il a eu raison de se soucier de l'incidence de sa décision sur l'appelant, mais il a exagéré la portée de la loi au bénéfice de ce dernier. Je me joins donc à mes collègues pour rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Deschamps, Charron et Rothstein rendus par

[158] LA JUGE DESCHAMPS — Les règles régissant le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale ont besoin de plus que d'une simple réforme. Le droit, en ce domaine, doit être débarassé des grilles d'analyse et des débats inutiles. On peut simplifier ce domaine du droit en s'en remettant à la *substance* du travail qu'accomplit une cour de justice lorsqu'elle est appelée à réviser une décision, que ce soit lors d'un contrôle administratif ou d'un simple appel. Dans chaque cas, il faut d'abord déterminer si la question en litige est une question de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Cela fait, bien peu d'autres éléments doivent s'ajouter à l'analyse pour déterminer si la cour doit faire preuve de déférence à l'endroit de l'organisme administratif.

[159] En vertu de la Constitution, seules les cours supérieures sont dotées d'une compétence inhérente. Il leur revient d'appliquer les lois adoptées par le Parlement et les assemblées législatives et de veiller à ce que les organismes créés par les lois n'outrepassent pas leurs pouvoirs légaux. Un législateur ne peut écarter complètement leur rôle de surveillance sans enfreindre la règle de la séparation des pouvoirs législatif ou exécutif et du pouvoir judiciaire. Les cours supérieures assurent en définitive l'intégrité de la règle de droit et du système de

Judicial review of administrative action is rooted in these fundamental principles and its boundaries are largely informed by the roles of the respective branches of government.

[160] The judicial review of administrative action has, over the past 20 years, been viewed as involving a preliminary analysis of whether deference is owed to an administrative body based on four factors: (1) the nature of the question, (2) the presence or absence of a privative clause, (3) the expertise of the administrative decision maker and (4) the object of the statute. The process of answering this preliminary question has become more complex than the determination of the substantive questions the court is called upon to resolve. In my view, the analysis can be made plainer if the focus is placed on the issues the parties need to have adjudicated rather than on the nature of the judicial review process itself. By focusing first on "the nature of the question", to use what has become familiar parlance, it will become apparent that all four factors need not be considered in every case and that the judicial review of administrative action is often not distinguishable from the appellate review of court decisions.

[161] Questions before the courts have consistently been identified as either questions of fact, questions of law or questions of mixed fact and law. Whether undergoing appellate review or administrative law review, decisions on questions of fact always attract deference. The use of different terminology — "palpable and overriding error" versus "unreasonable decision" — does not change the substance of the review. Indeed, in the context of appellate review of court decisions, this Court has recognized that these expressions as well as others all encapsulate the same principle of deference with respect to a trial judge's findings of fact: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at paras. 55-56. Therefore, when the issue is limited to questions of fact, there is no need to enquire into any other factor in order to determine that deference is owed to an administrative decision maker.

[162] Questions of law, by contrast, require more thorough scrutiny when deference is evaluated,

justice. Le contrôle judiciaire de l'action administrative s'appuie sur ces principes fondamentaux et il est en grande partie délimité par le rôle de chacun de ces organes du gouvernement.

[160] Depuis une vingtaine d'années, on considère que le contrôle judiciaire de l'action administrative exige que l'on détermine au préalable le degré de déférence applicable, et ce, en fonction de quatre facteurs : (1) la nature de la question en cause, (2) l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, (3) l'expertise du décideur administratif et (4) l'objet de la loi. La démarche préalable se révèle plus complexe que le règlement des questions de fond en litige. À mon sens, l'analyse peut être simplifiée si une plus grande importance est accordée aux questions que les parties demandent à la cour de trancher qu'à la nature du processus de révision lui-même. En s'attachant d'abord à « la nature de la question », pour reprendre l'expression désormais consacrée, on constatera que les quatre facteurs ne doivent pas être pris en compte dans tous les cas et que, souvent, le contrôle judiciaire de l'action administrative fait appel aux mêmes notions que le contrôle en appel d'une décision judiciaire.

[161] De tout temps, une question en litige a été qualifiée de question de fait, de droit ou mixte de fait et de droit. Dans le cadre d'un appel ou d'un contrôle judiciaire, la décision relative à une question de fait commande toujours la déférence. Les nuances terminologiques — « erreur manifeste et dominante » ou « décision déraisonnable » — ne changent pas la teneur de l'examen. En effet, dans le contexte d'un appel visant une décision judiciaire, la Cour a reconnu que ces expressions ainsi que d'autres renvoient au même principe du respect des conclusions de fait tirées en première instance : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 55-56. Partant, lorsque le litige ne porte que sur les faits, il n'est nécessaire de tenir compte d'aucun autre facteur pour déterminer si la déférence s'impose à l'endroit du décideur administratif.

[162] Par contre, dans le cas d'une question de droit, un examen plus approfondi est requis pour

and the particular context of administrative decision making can make judicial review different than appellate review. Although superior courts have a core expertise to interpret questions of law, Parliament or a legislature may have provided that the decision of an administrative body is protected from judicial review by a privative clause. When an administrative body is created to interpret and apply certain legal rules, it develops specific expertise in exercising its jurisdiction and has a more comprehensive view of those rules. Where there is a privative clause, Parliament or a legislature's intent to leave the final decision to that body cannot be doubted and deference is usually owed to the body.

[163] However, privative clauses cannot totally shield an administrative body from review. Parliament, or a legislature, cannot have intended that the body would be protected were it to overstep its delegated powers. Moreover, if such a body is asked to interpret laws in respect of which it does not have expertise, the constitutional responsibility of the superior courts as guardians of the rule of law compels them to insure that laws falling outside an administrative body's core expertise are interpreted correctly. This reduced deference insures that laws of general application, such as the Constitution, the common law and the *Civil Code*, are interpreted correctly and consistently. Consistency of the law is of prime societal importance. Finally, deference is not owed on questions of law where Parliament or a legislature has provided for a statutory right of review on such questions.

[164] The category of questions of mixed fact and law should be limited to cases in which the determination of a legal issue is inextricably intertwined with the determination of facts. Often, an administrative body will first identify the rule and then apply it. Identifying the contours and the content of a legal rule are questions of law. Applying the rule, however, is a question of mixed fact and law. When considering a question of mixed fact and law, a reviewing court should show an adjudicator the same deference as an appeal court would show a lower court.

évaluer le niveau de déférence, et dans le contexte particulier de l'action administrative, le contrôle judiciaire peut différer de l'appel. Les cours supérieures sont certes mieux placées pour interpréter le droit, mais le législateur peut, au moyen d'une clause privative, limiter le contrôle judiciaire d'une décision administrative. Lorsqu'un organisme administratif est constitué pour interpréter et appliquer certaines règles juridiques, il acquiert une expertise particulière dans l'exercice de sa compétence et a une compréhension plus complète de ces règles. En présence d'une clause privative, l'on ne saurait mettre en doute la volonté du législateur de laisser à l'organisme le soin de trancher en dernier ressort, de sorte que la déférence s'impose habituellement.

[163] Une clause privative ne peut toutefois faire totalement obstacle au contrôle judiciaire. Le législateur ne peut avoir voulu y soustraire l'organisme administratif qui outrepasse les pouvoirs qui lui sont délégués. De plus, en tant que gardiennes de la primauté du droit, les cours supérieures ont l'obligation constitutionnelle de veiller à ce qu'un organisme administratif interprète correctement les lois qui ne ressortissent pas à son domaine d'expertise propre. Cette atténuation de la déférence garantit une interprétation juste et cohérente des dispositions de portée générale comme celles de la Constitution, de la common law et du *Code civil*. La cohérence du droit revêt une importance primordiale dans notre société. Enfin, une cour n'a pas à montrer de déférence lorsqu'il s'agit d'une question de droit et que la loi prévoit expressément un droit de révision pour ce type de question.

[164] Il n'y a de question mixte de fait et de droit que lorsque la question de droit est inextricablement liée aux conclusions de fait. Dans bien des cas, l'organisme administratif détermine d'abord la règle applicable, puis l'applique. Circonscrire une règle de droit et en déterminer la teneur sont des questions de droit. Toutefois, l'application de la règle de droit aux faits est une question mixte de fait et de droit. La cour de révision qui se penche sur une question mixte de fait et de droit devrait manifester autant de déférence envers le décideur que le ferait une cour d'appel vis-à-vis d'une cour inférieure.

[165] In addition, Parliament or a legislature may confer a discretionary power on an administrative body. Since the case at bar does not concern a discretionary power, it will suffice for the purposes of these reasons to note that, in any analysis, deference is owed to an exercise of discretion unless the body has exceeded its mandate.

[166] In summary, in the adjudicative context, the same deference is owed in respect of questions of fact and questions of mixed fact and law on administrative review as on an appeal from a court decision. A decision on a question of law will also attract deference, provided it concerns the interpretation of the enabling statute and provided there is no right of review.

[167] I would be remiss were I to disregard the difficulty inherent in any exercise of deference. In *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, LeBel J. explained why a distinction between the standards of patent unreasonableness and unreasonableness *simpliciter* is untenable. I agree. The problem with the definitions resides in attempts by the courts to enclose the concept of reasonableness in a formula fitting all cases. No matter how this Court defines this concept, any context considered by a reviewing court will, more often than not, look more like a rainbow than a black and white situation. One cannot change this reality. I use the word "deference" to define the contours of reasonableness because it describes the attitude adopted towards the decision maker. The word "reasonableness" concerns the decision. However, neither the concept of reasonableness nor that of deference is particular to the field of administrative law. These concepts are also found in the context of criminal and civil appellate review of court decisions. Yet, the exercise of the judicial supervisory role in those fields has not given rise to the complexities encountered in administrative law. The process of stepping back and taking an *ex post facto* look at the decision to determine whether there is an error justifying intervention should not be more

[165] De plus, le législateur peut investir un organisme administratif d'un pouvoir discrétionnaire. Comme un tel pouvoir n'est pas en cause dans la présente affaire, je me contente de faire observer que peu importe le cadre d'analyse, il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, sauf lorsque le décideur outrepasse son mandat.

[166] En résumé, dans le contexte juridictionnel, la décision sur une question de fait ou une question mixte de fait et de droit commande le même respect qu'il s'agisse du contrôle d'une décision administrative ou de l'appel d'une décision judiciaire. La décision sur une question de droit justifie aussi la déférence, à condition qu'elle porte sur l'interprétation de la loi habilitante et qu'il n'y ait pas de droit de révision.

[167] Je ne saurais passer sous silence la difficulté inhérente à tout exercice de déférence. Dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, le juge LeBel explique en quoi la distinction établie entre la norme de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision déraisonnable *simpliciter* n'est pas défendable. Je suis du même avis. Il est difficile de définir ces normes parce que les tribunaux tentent de ramener la notion de raisonnabilité à une formule unique d'application universelle. Quelle que soit la manière dont la Cour définit le concept, le contexte soumis à l'examen de la cour de révision sera plus souvent nuancé que tranché. On ne peut changer cette réalité. J'emploie le terme « déférence » pour définir les contours de la raisonnabilité parce qu'il renvoie à l'attitude adoptée vis-à-vis du décideur. Le terme « raisonnabilité » se rattache, lui, à la décision. Cependant, ni la notion de raisonnabilité ni celle de déférence ne sont spécifiques au droit administratif. On les retrouve également dans le contexte du contrôle en appel d'une décision judiciaire rendue au pénal ou au civil. Pourtant, dans ces domaines, le contrôle judiciaire ne soulève pas les difficultés rencontrées en droit administratif. La démarche qui consiste à prendre du recul et à faire un examen *ex post facto* pour déterminer si la décision est entachée d'une erreur justifiant sa révision ne devrait

complex in the administrative law context than in the criminal and civil law contexts.

[168] In the case at bar, the adjudicator was asked to adjudicate the grievance of a non-unionized employee. This meant that he had to identify the rules governing the contract. Identifying those rules is a question of law. Section 20 of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1, incorporates the rules of the common law, which accordingly become the starting point of the analysis. The adjudicator had to decide whether those rules had been ousted by the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25 ("*PSLRA*"), as applied, *mutatis mutandis*, to the case of a non-unionized employee (ss. 97(2.1), 100.1(2) and 100.1(5)). The common law rules relating to the dismissal of an employee differ completely from the ones provided for in the *PSLRA* that the adjudicator is regularly required to interpret. Since the common law, not the adjudicator's enabling statute, is the starting point of the analysis, and since the adjudicator does not have specific expertise in interpreting the common law, the reviewing court does not have to defer to his decision on the basis of expertise. This leads me to conclude that the reviewing court can proceed to its own interpretation of the rules applicable to the non-unionized employee's contract of employment and determine whether the adjudicator could enquire into the cause of the dismissal. The applicable standard of review is correctness.

[169] It is clear from the adjudicator's reasoning that he did not even consider the common law rules. He said:

> An employee to whom section 20 of the *Civil Service Act* and section 100.1 of the *PSLR Act* apply may be discharged for cause, with reasonable notice or with severance pay in lieu of reasonable notice. A discharge for cause may be for disciplinary or non-disciplinary reasons. [p. 5]

[170] The employer's common law right to dismiss without cause is not alluded to in this key passage of the decision. Unlike a unionized employee, a non-unionized employee does not have employment security. His or her employment may be terminated without cause. The corollary of the

pas être plus complexe en matière administrative qu'en matière pénale ou civile.

[168] En l'espèce, l'arbitre était saisi du grief d'un employé non syndiqué. Il devait donc déterminer les règles applicables au contrat. La détermination de ces règles constitue une décision sur une question de droit. L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, incorpore les règles de la common law, lesquelles constituent dès lors le point de départ de l'analyse. L'arbitre devait déterminer si ces règles étaient écartées par la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25 (« *LRTSP* »), appliquée avec les adaptations nécessaires à l'employé non syndiqué (par. 97(2.1), 100.1(2) et 100.1(5)). Les règles de la common law relatives au congédiement d'un employé diffèrent totalement de celles prévues dans la *LRTSP* que l'arbitre est régulièrement appelé à interpréter. La décision ne commande pas la retenue, car c'est la common law, et non la loi habilitante, qui est le point de départ de l'analyse; l'arbitre ne possède en ce domaine aucune expertise particulière. J'en conclus que la cour de révision peut s'en remettre à sa propre interprétation des règles applicables au contrat d'emploi de l'employé non syndiqué et déterminer si l'arbitre pouvait ou non s'enquérir des motifs du congédiement. La norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

[169] Il ressort du raisonnement de l'arbitre que l'application des règles de la common law n'a même pas été envisagée :

> [TRADUCTION] L'employé visé à l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* et à l'art. 100.1 de la *LRTSP* peut être congédié pour motif avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu. Un tel congédiement peut, selon le cas, se fonder sur des motifs disciplinaires ou autres. [p. 5]

[170] Dans ce passage clé, l'arbitre ne mentionne pas que la common law permet à l'employeur de congédier l'employé sans motif. Contrairement à l'employé syndiqué, l'employé non syndiqué ne bénéficie pas de la sécurité d'emploi. Il peut être mis fin à son emploi sans motif. Ce droit de l'employeur

employer's right to dismiss without cause is the employee's right to reasonable notice or to compensation in lieu of notice. The distinction between the common law rules of employment and the statutory rules applicable to a unionized employee is therefore essential if s. 97(2.1) is to be applied *mutatis mutandis* to the case of a non-unionized employee as required by s. 100.1(5). The adjudicator's failure to inform himself of this crucial difference led him to look for a cause, which was not relevant in the context of a dismissal without cause. In a case involving dismissal without cause, only the amount of the compensation or the length of the notice is relevant. In a case involving dismissal for cause, the employer takes the position that no compensation or notice is owed to the employee. This was not such a case. In the case at bar, the adjudicator's role was limited to evaluating the length of the notice. He erred in interpreting s. 97(2.1) in a vacuum. He overlooked the common law rules, misinterpreted s. 100.1(5) and applied s. 97(2.1) literally to the case of a non-unionized employee.

[171] This case is one where, even if deference had been owed to the adjudicator, his interpretation could not have stood. The legislature could not have intended to grant employment security to non-unionized employees while providing only that the *PSLRA* was to apply *mutatis mutandis*. This right is so fundamental to an employment relationship that it could not have been granted in so indirect and obscure a manner.

[172] In this case, the Court has been given both an opportunity and the responsibility to simplify and clarify the law of judicial review of administrative action. The judicial review of administrative action need not be a complex area of law in itself. Every day, reviewing courts decide cases raising multiple questions, some of fact, some of mixed fact and law and some purely of law; in various contexts, the first two of these types of questions tend to require deference, while the third often does not. Reviewing courts are already amply equipped to resolve such questions and do not need a specialized analytical toolbox in order to review administrative decisions.

a pour corollaire le droit de l'employé à un préavis raisonnable ou à une indemnité en tenant lieu. La distinction entre les règles de la common law régissant l'emploi et celles d'origine législative applicables à l'employé syndiqué est donc essentielle à l'application du par. 97(2.1) à un employé non syndiqué, avec les adaptations nécessaires, conformément au par. 100.1(5). L'omission de tenir compte de cette différence cruciale a amené l'arbitre à rechercher un motif de congédiement, ce qui était hors de propos dans le contexte d'un congédiement sans motif. En effet, dans le cas d'un tel congédiement, seul est en cause le montant de l'indemnité ou la durée du préavis. Lorsqu'il congédie un employé pour motif, l'employeur tient pour acquis qu'il n'a pas à lui verser d'indemnité ou à lui donner de préavis. Or, en l'espèce, il ne s'agit pas d'un congédiement pour motif. Le rôle de l'arbitre se limitait à l'examen de la durée du préavis. Il a eu tort d'interpréter le par. 97(2.1) en vase clos. Il a ignoré les règles de la common law, il a mal interprété le par. 100.1(5) et il a appliqué le par. 97(2.1) à la lettre à un employé non syndiqué.

[171] Dans la présente affaire, même si l'arbitre avait eu droit à déférence, son interprétation n'aurait pu être retenue. Le législateur n'a pu manifester son intention d'accorder la sécurité d'emploi aux employés non syndiqués en prévoyant seulement l'application de la *LRTSP* avec les adaptations nécessaires. En matière de relations de travail, ce droit revêt une importance telle qu'il ne saurait être reconnu de manière aussi indirecte et vague.

[172] Dans le présent pourvoi, la Cour a à la fois la possibilité et l'obligation de simplifier et de clarifier le droit relatif au contrôle judiciaire de l'action administrative, un domaine qui ne saurait être condamné à la complexité. Tous les jours, les cours de révision sont appelées à statuer sur des affaires soulevant de multiples questions, certaines de fait, d'autres de fait et de droit et d'autres encore, de droit seulement. Dans les divers contextes considérés, les deux premières catégories de questions commandent la déférence, mais pas toujours la troisième. Les cours de révision sont déjà tout à fait en mesure de trancher ces questions et elles n'ont pas besoin de nouveaux outils d'analyse spécialisés pour contrôler les décisions administratives.

[173] On the issue of natural justice, I agree with my colleagues. On the result, I agree that the appeal should be dismissed.

APPENDIX

Relevant Statutory Provisions

Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1

20 Subject to the provisions of this Act or any other Act, termination of the employment of a deputy head or an employee shall be governed by the ordinary rules of contract.

Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25

92(1) Where an employee has presented a grievance up to and including the final level in the grievance process with respect to

(*a*) the interpretation or application in respect of him of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(*b*) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty,

and his grievance has not been dealt with to his satisfaction, he may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, as amended

97(2.1) Where an adjudicator determines that an employee has been discharged or otherwise disciplined by the employer for cause and the collective agreement or arbitral award does not contain a specific penalty for the infraction that resulted in the employee being discharged or otherwise disciplined, the adjudicator may substitute such other penalty for the discharge or discipline as to the adjudicator seems just and reasonable in all the circumstances.

. . .

100.1(2) An employee who is not included in a bargaining unit may, in the manner, form and within such time as may be prescribed, present to the employer a

[173] Je souscris aux motifs de mes collègues concernant le respect de la justice naturelle. Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi.

ANNEXE

Dispositions législatives

Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1

20 Sous réserve de la présente loi ou de toute autre loi, la cessation d'emploi d'un administrateur général ou d'un employé est régie par les règles contractuelles ordinaires.

Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25

92(1) Lorsqu'un employé a porté son grief au plus haut palier de la procédure applicable aux griefs, en ce qui concerne

a) l'interprétation ou l'application à son égard d'une disposition d'une convention collective ou d'une sentence arbitrale, ou

b) une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire,

et que son grief n'a pas été réglé de façon satisfaisante pour lui, il peut, sous réserve du paragraphe (2), renvoyer ce grief à l'arbitrage.

Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, et modifications

97(2.1) Lorsqu'un arbitre décide qu'un employé a été congédié ou qu'une mesure disciplinaire a été autrement prise contre lui par l'employeur pour motif et que la convention collective ou la sentence arbitrale ne contient pas une peine spécifique pour l'infraction en raison de laquelle l'employé a été congédié ou s'est vu imposer autrement une mesure disciplinaire, l'arbitre peut substituer une autre peine pour le congédiement ou la mesure disciplinaire qui semble juste et raisonnable à l'arbitre dans toutes les circonstances.

. . .

100.1(2) Un employé qui ne fait pas partie d'une unité de négociation peut, de la manière, au moyen de la formule et dans le délai qui peuvent être prescrits, présenter

grievance with respect to discharge, suspension or a financial penalty.

100.1(3) Where an employee has presented a grievance in accordance with subsection (2) and the grievance has not been dealt with to the employee's satisfaction, the employee may refer the grievance to the Board who shall, in the manner and within such time as may be prescribed, refer the grievance to an adjudicator appointed by the Board.

. . .

100.1(5) Sections 19, 97, 98.1, 101, 108 and 111 apply *mutatis mutandis* to an adjudicator to whom a grievance has been referred in accordance with subsection (3) and in relation to any decision rendered by such adjudicator.

. . .

101(1) Except as provided in this Act, every order, award, direction, decision, declaration or ruling of the Board, an arbitration tribunal or an adjudicator is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

101(2) No order shall be made or process entered, and no proceedings shall be taken in any court, whether by way of injunction, judicial review, or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Board, an arbitration tribunal or an adjudicator in any of its or his proceedings.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Stewart McKelvey, Fredericton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

un grief à l'employeur à l'égard du congédiement, de la suspension ou d'une peine pécuniaire.

100.1(3) Lorsqu'un employé a présenté un grief conformément au paragraphe (2) et que le grief n'a pas été traité à la satisfaction de l'employé, l'employé peut renvoyer le grief à la Commission qui doit, de la manière et dans le délai qui peuvent être prescrits, renvoyer le grief à un arbitre nommé par la Commission.

. . .

100.1(5) Les articles 19, 97, 98.1, 101, 108 et 111 s'appliquent *mutatis mutandis* à un arbitre à qui un grief a été renvoyé conformément au paragraphe (3) et relativement à toute décision rendue par cet arbitre.

. . .

101(1) Sous réserve des dispositions contraires de la présente loi, toute ordonnance, sentence, directive, décision ou déclaration de la Commission, d'un tribunal d'arbitrage ou d'un arbitre, est définitive et ne peut être contestée devant aucun tribunal ni revisée par aucun tribunal.

101(2) Aucune ordonnance ne peut être rendue, aucune action intentée et aucune procédure entamée devant un tribunal, par voie d'injonction, de recours en révision, ou autrement, pour contester, réviser, supprimer ou restreindre les pouvoirs de la Commission, d'un tribunal d'arbitrage ou d'un arbitre dans l'une quelconque de leurs procédures.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Stewart McKelvey, Fredericton.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Beau Jake Stirling *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. STIRLING

Neutral citation: 2008 SCC 10.

File No.: 31795.

2007: December 10; 2008: March 14.

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

Criminal law — Evidence — Prior consistent statements — Witness — Accused convicted of criminal negligence causing death and criminal negligence causing bodily harm — Witness who was in car at time of accident testifying that accused was driver of vehicle — Witness's prior consistent statements admitted into evidence to rebut allegation of recent fabrication — Whether trial judge used statements for truth of their contents and to support credibility of witness.

As a result of a single-vehicle accident that killed two people and seriously injured the accused and H, the accused was convicted of criminal negligence causing death and criminal negligence causing bodily harm. The main issue before the trial judge was whether the accused, and not H, was the driver of the vehicle at the time of the accident. A certain line of questioning during H's cross-examination raised the possibility that he had motive to fabricate his testimony. Following a *voir dire*, the trial judge admitted into evidence several prior consistent statements of H to rebut the suggestion of recent fabrication. The majority of the Court of Appeal upheld the convictions; the dissenting judge would have ordered a new trial on the basis that the trial judge used the prior consistent statements to bolster the general credibility of the witness and for the truth of their contents.

Held: The appeal should be dismissed.

Beau Jake Stirling *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. STIRLING

Référence neutre : 2008 CSC 10.

N° du greffe : 31795.

2007 : 10 décembre; 2008 : 14 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 criminel — Preuve — Déclarations antérieures compatibles — Témoin — Accusé déclaré coupable de négligence criminelle ayant causé la mort et de négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles — Occupant du véhicule témoignant que l'accusé était au volant au moment de l'accident — Déclarations antérieures compatibles du témoin admises en preuve aux fins de réfuter une allégation de fabrication récente — Le juge du procès a-t-il utilisé les déclarations pour la véracité de leur contenu et à l'appui de la crédibilité du témoin?

À la suite d'un accident impliquant un seul véhicule, qui a causé la mort de deux des occupants et de graves blessures à l'accusé et à H, l'accusé a été déclaré coupable de négligence criminelle ayant causé la mort et de négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles. Le juge du procès devait principalement décider si l'accusé, et non H, conduisait le véhicule au moment de l'accident. Certaines questions posées à H en contre-interrogatoire laissaient croire que H pouvait avoir eu des raisons de fabriquer son témoignage. À la suite d'un voir-dire, le juge a admis plusieurs déclarations antérieures compatibles de H aux fins de réfuter cette hypothèse. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé les déclarations de culpabilité; la juge dissidente était d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que le juge du procès avait utilisé les déclarations antérieures compatibles pour rehausser la crédibilité générale du témoin et pour la véracité de leur contenu.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

As an exception to the general exclusionary rule, prior consistent statements can be admitted where, as here, it has been suggested that a witness has recently fabricated portions of his evidence. Although these statements have probative value where they can illustrate that the witness's story was the same even before a motivation to fabricate arose, any admitted prior consistent statements should not be assessed for the truth of their contents. It is impermissible to assume that because a witness has made the same statement in the past, he is more likely to be telling the truth. However, prior consistent statements may impact positively on the witness's credibility where admission of such statements removes a motive of fabrication. It is permissible for this factor to be taken into account as part of the larger assessment of credibility. [5] [7] [11]

In this case, H's prior consistent statements were not used for an inappropriate purpose. While the trial judgment contains some ambiguous comments about the use the trial judge made of these statements, when these remarks are read in the context of the reasons as a whole, it is clear that the trial judge was aware of the limited use which could be made of H's prior statements. H's testimony was important to the accused's convictions but the convictions did not turn solely on a finding of credibility. The trial judge identified numerous other pieces of evidence supporting a conclusion that the accused was driving the vehicle on the night of the accident. [4] [13] [16]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629; *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. O'Connor* (1995), 100 C.C.C. (3d) 285; *R. v. Divitaris* (2004), 188 C.C.C. (3d) 390; *R. v. Schofield* (1996), 148 N.S.R. (2d) 175; *R. v. R. (J.)* (2000), 84 Alta. L.R. (3d) 92, 2000 ABCA 196; *R. v. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199; *R. v. Aksidan* (2006), 209 C.C.C. (3d) 423, 2006 BCCA 258; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759; *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17.

Authors Cited

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ontario: Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Levine and Chiasson JJ.A.) (2007), 234 B.C.A.C. 161, 387 W.A.C. 161, 215 C.C.C. (3d) 208, 41 M.V.R. (5th)

À titre d'exception à la règle générale d'exclusion, les déclarations antérieures compatibles sont admissibles lorsque, comme en l'espèce, la fabrication récente de segments d'un témoignage est évoquée. Bien qu'elles aient une valeur probante lorsqu'elles peuvent démontrer que le témoin a donné une version identique des faits avant d'avoir une raison d'inventer une histoire, les déclarations antérieures admises ne doivent pas être considérées pour la véracité de leur contenu. Il n'est pas permis de présumer qu'un témoin est plus susceptible de dire la vérité parce qu'il a déjà fait la même déclaration. Toutefois, les déclarations antérieures compatibles peuvent avoir un effet positif sur la crédibilité du témoin lorsque leur admission élimine un motif de fabrication. Ce facteur peut être pris en considération dans l'appréciation générale de la crédibilité. [5] [7] [11]

En l'espèce, les déclarations antérieures compatibles de H n'ont pas été utilisées à mauvais escient. Bien que la décision du juge du procès comporte certaines remarques ambiguës quant à la façon dont il a utilisé ces déclarations, lorsque ces remarques sont envisagées dans le contexte de l'ensemble des motifs, il est clair que le juge du procès était conscient de l'utilisation limitée qu'il pouvait faire des déclarations antérieures de H. Même si le témoignage de H a joué un rôle important dans les déclarations de culpabilité, celles-ci ne se rattachaient pas uniquement à une conclusion sur la crédibilité. Le juge du procès a recensé plusieurs autres éléments de preuve pour étayer sa conclusion que l'appelant conduisait le véhicule la nuit de l'accident. [4] [13] [16]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629; *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. O'Connor* (1995), 100 C.C.C. (3d) 285; *R. c. Divitaris* (2004), 188 C.C.C. (3d) 390; *R. c. Schofield* (1996), 148 N.S.R. (2d) 175; *R. c. R. (J.)* (2000), 84 Alta. L.R. (3d) 92, 2000 ABCA 196; *R. c. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199; *R. c. Aksidan* (2006), 209 C.C.C. (3d) 423, 2006 BCCA 258; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759; *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17.

Doctrine citée

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ontario : Butterworths, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Levine et Chiasson) (2007), 234 B.C.A.C. 161, 387 W.A.C. 161, 215 C.C.C. (3d) 208, 41 M.V.R. (5th)

17, [2007] B.C.J. No. 3 (QL), 2007 CarswellBC 5, 2007 BCCA 4, upholding the convictions entered by Quantz Prov. Ct. J., [2005] B.C.J. No. 1575 (QL) (*sub nom. R. v. B.J.S.*), 2005 BCPC 274. Appeal dismissed.

John Green, for the appellant.

Terrence L. Robertson, *Q.C.*, and *Mandeep K. Gill*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BASTARACHE J. — The appellant, Mr. Stirling, appeals his convictions on two counts of criminal negligence causing death and one count of criminal negligence causing bodily harm. The convictions arose out of a single-vehicle accident in which two of the car's occupants were killed and two others, including Mr. Stirling, were seriously injured. The primary issue before the trial judge was whether the Crown had established that the appellant, and not the other survivor of the accident, Mr. Harding, was driving the vehicle when the crash occurred. The trial judge ultimately concluded that Mr. Stirling was the driver. He based this finding on a number of pieces of evidence, including the testimony of Mr. Harding, who stated that Mr. Stirling had been driving.

[2] During the cross-examination of Mr. Harding, counsel for the appellant questioned the witness about a pending civil claim he had launched against Mr. Stirling as the driver of the vehicle and about several drug-related charges against Mr. Harding which had recently been dropped. All parties agreed that this line of questioning raised the possibility that Mr. Harding had motive to fabricate his testimony and, following a *voir dire*, the judge admitted several prior consistent statements which served to rebut that suggestion.

[3] The appellant argues on appeal that although the trial judge was correct in admitting the prior

17, [2007] B.C.J. No. 3 (QL), 2007 CarswellBC 5, 2007 BCCA 4, qui a confirmé les déclarations de culpabilité inscrites par le juge Quantz, [2005] B.C.J. No. 1575 (QL) (*sub nom. R. c. B.J.S.*), 2005 BCPC 274. Pourvoi rejeté.

John Green, pour l'appelant.

Terrence L. Robertson, *c.r.*, et *Mandeep K. Gill*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BASTARACHE — L'appelant, M. Stirling, en appelle de ses déclarations de culpabilité pour deux chefs de négligence criminelle ayant causé la mort et un chef de négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles. Les déclarations de culpabilité découlaient d'un accident — impliquant un seul véhicule — qui a entraîné la mort de deux des occupants et causé de graves blessures aux deux autres, dont M. Stirling. La question principale dont était saisi le juge du procès était celle de savoir si le ministère public avait établi que l'appelant — et non pas l'autre survivant, M. Harding — conduisait le véhicule au moment de l'accident. En fin de compte, le juge du procès a conclu que c'était M. Stirling qui conduisait. Il a fondé sa conclusion sur plusieurs éléments de preuve, dont le témoignage de M. Harding qui a affirmé que M. Stirling était au volant du véhicule.

[2] En contre-interrogatoire, l'avocat de l'appelant a interrogé M. Harding sur une poursuite civile en instance, qu'il avait intentée contre M. Stirling à titre de conducteur du véhicule, et sur plusieurs accusations relatives à des stupéfiants portées contre M. Harding, mais retirées depuis peu. Toutes les parties ont convenu que ces questions laissaient croire que M. Harding pouvait avoir eu des raisons de fabriquer son témoignage. À la suite d'un voir-dire, le juge a admis plusieurs déclarations antérieures compatibles qui ont servi à réfuter cette hypothèse.

[3] Selon l'appelant, bien que le juge du procès ait eu raison d'admettre les déclarations antérieures

consistent statements for the purpose of refuting the suggestion of recent fabrication, he erroneously considered them for the truth of their contents. He says that because Mr. Harding's evidence was a "condition precedent" to conviction, this error is significant and a new trial ought to be ordered. Mr. Stirling argues that the following passages indicate that the trial judge misused the prior consistent statements:

> In weighing and considering all of his evidence, with the benefit of his many previous statements, I find there is a consistent pattern of not recalling many details of the driving up to the collision, but of stating clearly he was in the back seat, that Mr. [Bateman] sat beside him, that Mr. [Hamilton] was in the front seat, and on a number of occasions that the accused was the driver. In my view, the previous inconsistencies as to other details are understandable given the circumstances in which he gave many of the previous statements, including the fact that while at the hospital he was under the influence of medication and/or suffering from serious injury, along with the other effects of a terrible collision, including the death of two friends.
>
> . . .
>
> Since the day of the collision, Mr. [Harding] has consistently placed the two deceased in these seats. This out-of-court testimony, while not evidence, supports the credibility of his in-court testimony to this effect. Importantly, Mr. [Harding] took this position long before the experts conducted their analysis.
>
> ([2005] B.C.J. No. 1575 (QL) (*sub nom. R. v. B.J.S.*), 2005 BCPC 274, at paras. 59 and 95)

[4] In my view, this appeal ought to be dismissed. Although the passages above contain some ambiguous comments about the use the trial judge made of the prior consistent statements, these remarks must be read in the context of the reasons as a whole. It is clear from this judgment that the trial judge was very aware of the limited use of the prior consistent statements, and he correctly instructed himself on this point repeatedly.

compatibles pour réfuter l'hypothèse de la fabrication récente, il les a considérées à tort pour la véracité de leur contenu. Comme l'appelant estime que le témoignage de M. Harding a constitué une « condition préalable » à sa déclaration de culpabilité, il soutient que cette erreur est importante et que la Cour devrait ordonner la tenue d'un nouveau procès. Pour M. Stirling, les extraits suivants du jugement de première instance indiquent que le juge du procès a utilisé les déclarations antérieures compatibles à mauvais escient :

> [TRADUCTION] En appréciant et en examinant l'ensemble de son témoignage à la lumière de ses nombreuses déclarations antérieures, je constate sa constance à ne pas se rappeler de nombreux détails concernant les faits qui ont précédé l'accident, mais à affirmer clairement qu'il était assis à l'arrière à côté de M. [Bateman], que M. [Hamilton] prenait place à l'avant et, à plusieurs reprises, que l'accusé était au volant. À mon avis, ses incohérences antérieures quant à d'autres détails sont compréhensibles compte tenu des circonstances dans lesquelles il a donné plusieurs de ses déclarations antérieures, y compris le fait que, à l'hôpital, il était sous l'influence de médicaments et souffrait de blessures graves, en plus de subir les autres répercussions d'un terrible accident, dont le décès de deux amis.
>
> . . .
>
> Depuis l'accident, M. [Harding] a toujours affirmé que les deux victimes occupaient ces sièges. Ce témoignage extrajudiciaire, même s'il ne constitue pas un élément de preuve, étaye la crédibilité de son témoignage livré à l'audience sur ce point. Fait important, M. [Harding] soutenait cette thèse bien avant que les experts ne procèdent à leur analyse.
>
> ([2005] B.C.J. No. 1575 (QL) (*sub nom. R. c. B.J.S.*), 2005 BCPC 274, par. 59 et 95)

[4] À mon avis, le pourvoi doit être rejeté. Même si les passages qui précèdent comportent certaines remarques ambiguës quant à la façon dont le juge du procès a utilisé les déclarations antérieures compatibles, il faut interpréter ces remarques dans le contexte de l'ensemble des motifs. Il ressort de son jugement que le juge du procès était parfaitement conscient de l'utilisation limitée qu'il pouvait faire des déclarations antérieures compatibles, et il a énoncé correctement, à plusieurs reprises, la démarche à adopter à cet égard.

Analysis

[5] It is well established that prior consistent statements are generally inadmissible (*R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629; *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398). This is because such statements are usually viewed as lacking probative value and being self-serving (*Evans*, at p. 643). There are, however, several exceptions to this general exclusionary rule, and one of these exceptions is that prior consistent statements can be admitted where it has been suggested that a witness has recently fabricated portions of his or her evidence (*Evans*, at p. 643; *Simpson*, at pp. 22-23). Admission on the basis of this exception does not require that an allegation of recent fabrication be expressly made — it is sufficient that the circumstances of the case reveal that the "apparent position of the opposing party is that there has been a prior contrivance" (*Evans*, at p. 643). It is also not necessary that a fabrication be particularly "recent", as the issue is not the recency of the fabrication but rather whether the witness made up a false story at some point after the event that is the subject of his or her testimony actually occurred (*R. v. O'Connor* (1995), 100 C.C.C. (3d) 285 (Ont. C.A.), at pp. 294-95). Prior consistent statements have probative value in this context where they can illustrate that the witness's story was the same even before a motivation to fabricate arose.

[6] In this case, the parties do not dispute that the trial judge was correct to admit Mr. Harding's prior consistent statements. The cross-examination of this witness included questions about both a civil lawsuit he had pending against Mr. Stirling as the driver of the vehicle and the relationship between his testimony and criminal charges against him which had recently been dropped. Given these questions, it was appropriate for the judge to admit statements made prior to the launching of the civil suit and prior to the dropping of the charges because these statements, if consistent with the in-court testimony, could demonstrate

Analyse

[5] Il est bien établi que les déclarations antérieures compatibles sont généralement inadmissibles (*R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629; *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398). Il en est ainsi parce que, règle générale, on considère que ces déclarations n'ont pas de force probante et qu'il s'agit de déclarations intéressées (*Evans*, p. 643). Toutefois, il existe plusieurs exceptions à cette règle générale d'exclusion, dont celle voulant que les déclarations antérieures compatibles soient admissibles lorsque la fabrication récente de certains segments d'un témoignage est évoquée (*Evans*, p. 643; *Simpson*, p. 22-23). Il n'est pas nécessaire que la fabrication récente soit alléguée expressément pour que les déclarations soient admissibles par application de cette exception — il suffit qu'il ressorte des circonstances de l'affaire que « la position apparente de la partie adverse [est] qu'il y a eu invention » (*Evans*, p. 643). Il n'est pas non plus nécessaire que la fabrication soit particulièrement « récente », puisque ce n'est pas son caractère récent qui importe, mais plutôt la question de savoir si le témoin a inventé une histoire à un moment quelconque, après l'événement au sujet duquel il témoigne (*R. c. O'Connor* (1995), 100 C.C.C. (3d) 285 (C.A. Ont.), p. 294-295). Les déclarations antérieures compatibles ont une valeur probante dans ce contexte, lorsqu'elles peuvent démontrer que le témoin a donné une version identique des faits même avant d'avoir une raison d'inventer une histoire.

[6] En l'espèce, les parties ne contestent pas que le juge du procès a eu raison d'admettre les déclarations antérieures compatibles de M. Harding. Le contre-interrogatoire de ce témoin comportait des questions se rapportant tant à une poursuite civile qu'il avait intentée contre M. Stirling à titre de conducteur du véhicule, qu'au lien entre son témoignage et les accusations criminelles portées contre lui qui avaient été retirées depuis peu. Vu ces questions, le juge a eu raison d'admettre les déclarations faites par M. Harding avant l'introduction de la poursuite civile et avant le retrait des accusations, car ces déclarations, si elles étaient

that Mr. Harding's evidence was not motivated by either of these factors.

[7] However, a prior consistent statement that is admitted to rebut the suggestion of recent fabrication continues to lack any probative value beyond showing that the witness's story did not change as a result of a new motive to fabricate. Importantly, it is impermissible to assume that because a witness has made the same statement in the past, he or she is more likely to be telling the truth, and any admitted prior consistent statements should not be assessed for the truth of their contents. As was noted in *R. v. Divitaris* (2004), 188 C.C.C. (3d) 390 (Ont. C.A.), at para. 28, "a concocted statement, repeated on more than one occasion, remains concocted"; see also J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 313. This case illustrates the importance of this point. The fact that Mr. Harding reported that the appellant was driving on the night of the crash before he launched the civil suit or had charges against him dropped does not in any way confirm that that evidence is not fabricated. All it tells us is that it wasn't fabricated *as a result of* the civil suit or the dropping of the criminal charges. There thus remains the very real possibility that the evidence was fabricated immediately after the accident when, as the trial judge found, "any reasonable person would recognize there was huge liability facing the driver" (Ruling on *voir dire*, June 21, 2005, at para. 24). The reality is that even when Mr. Harding made his very first comments about who was driving when the accident occurred, he already had a visible motive to fabricate — to avoid the clear consequences which faced the driver of the vehicle — and this potential motive is not in any way rebutted by the consistency of his story. It was therefore necessary for the trial judge to avoid using Mr. Harding's prior statements for the truth of their contents.

[8] It is clear from the reasons of the trial judge that he was aware of the limited value of Mr. Harding's

compatibles avec sa déposition à l'audience, pouvaient démontrer que son témoignage n'était motivé par aucun de ces facteurs.

[7] Toutefois, les déclarations antérieures compatibles admises pour réfuter une allégation de fabrication récente n'ont pas plus de valeur probante pour autant, sauf pour établir que le témoin n'a pas modifié son récit parce qu'il avait un nouveau motif d'inventer une histoire. Fait important, il n'est pas permis de présumer qu'un témoin est plus susceptible de dire la vérité parce qu'il a déjà fait la même déclaration, et une déclaration antérieure compatible ne devrait pas être considérée pour la véracité de son contenu. Comme le souligne l'arrêt *R. c. Divitaris* (2004), 188 C.C.C. (3d) 390 (C.A. Ont.), par. 28, [TRADUCTION] « même répétée à plusieurs reprises, une déclaration inventée demeure inventée »; voir aussi J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2e éd. 1999), p. 313. La présente affaire illustre l'importance de ce point. Le fait que la déclaration de M. Harding — selon laquelle l'appelant conduisait la nuit de l'accident — ait précédé l'introduction de la poursuite civile et le retrait des accusations portées contre lui ne prouve absolument pas que ce témoignage n'a pas été fabriqué. Tout ce qu'il nous révèle, c'est que ce témoignage n'a pas été inventé *par suite de* la poursuite civile ou du retrait des accusations criminelles. Il est donc toujours parfaitement plausible qu'il ait été fabriqué immédiatement après l'accident, au moment où, comme l'a conclu le juge du procès, [TRADUCTION] « toute personne raisonnable reconnaîtrait que le conducteur encourait une énorme responsabilité » (décision sur le voir-dire, 21 juin 2005, par. 24). En réalité, lorsque M. Harding a fait ses tout premiers commentaires à propos de la personne qui conduisait au moment de l'accident, il avait déjà un motif évident d'inventer une histoire — échapper aux conséquences claires que devait assumer le conducteur du véhicule —, et ce motif potentiel n'est aucunement réfuté par la constance de son récit. Le juge du procès devait donc se garder d'utiliser les déclarations antérieures de M. Harding pour la véracité de leur contenu.

[8] Il ressort clairement des motifs du juge du procès qu'il était conscient de la valeur limitée des

prior statements. Not only did he acknowledge that this witness had a motive to fabricate immediately after the accident occurred (and thus before any statements were made about who was driving), but he also stated explicitly, on several occasions, that he had not considered the statements for the truth of their contents:

Prior inconsistent statements and any previous consistent statements admitted to rebut an allegation of recent fabrication and bias are not evidence as to the truth of their contents.

. . .

I also ruled and heard by consent a prior consistent statement on the basis it could also be considered in assessing the credibility and reliability of this witness's evidence. I have considered these previous statements for that purpose alone.

. . .

Since the day of the collision, Mr. [Harding] has consistently placed the two deceased in these seats. This out-of-court testimony, while not evidence, supports the credibility of his in-court testimony to this effect.

(*B.J.S.*, at paras. 38, 53 and 95)

While all of the out-of-court statements are admitted by consent for the sole purpose of assessing credibility, ... I am satisfied these statements are also admissible to rebut the allegations of bias raised in cross-examination.

. . .

The prospect of accepting all, some, or none of Mr. Harding's evidence remains open to me. However, at this stage in the proceeding I am not satisfied there is no possibility of concoction or distortion, and for that reason I am not admitting the statement to Mr. Smith for the truth of its contents.

As with all other out-of-court statements made by Mr. Harding to emergency personnel, it is admissible

déclarations antérieures de M. Harding. Non seulement il a reconnu que ce témoin avait un motif d'inventer une histoire immédiatement après l'accident (et, par conséquent, avant de faire quelque déclaration que ce soit à propos du conducteur), mais il a dit explicitement, à plusieurs reprises, qu'il n'avait pas pris les déclarations en considération pour la véracité de leur contenu :

[TRADUCTION] Les déclarations antérieures incompatibles et une déclaration antérieure compatible admise pour réfuter une allégation de fabrication récente et de partialité ne font pas foi de la véracité de leur contenu.

. . .

J'ai également accepté d'entendre de consentement une déclaration antérieure compatible au motif qu'elle pouvait aussi être prise en compte dans l'appréciation de la crédibilité et de la fiabilité du témoignage de ce témoin. J'ai pris ces déclarations antérieures en considération à cette seule fin.

. . .

Depuis l'accident, M. [Harding] a toujours affirmé que les deux victimes occupaient ces sièges. Ce témoignage extrajudiciaire, même s'il ne constitue pas un élément de preuve, étaye la crédibilité de son témoignage livré à l'audience sur ce point.

(*B.J.S.*, par. 38, 53 et 95)

Bien que toutes ces déclarations extrajudiciaires soient admises de consentement uniquement aux fins de l'appréciation de la crédibilité [. . .] Je suis convaincu que ces déclarations sont aussi admissibles aux fins de réfuter les allégations de partialité soulevées en contre-interrogatoire.

. . .

J'ai toujours la possibilité de retenir la preuve offerte par M. Harding en totalité ou en partie, ou de la rejeter en entier. Toutefois, à ce stade de la procédure, je ne suis pas convaincu de pouvoir écarter toute possibilité qu'il y ait eu invention ou distorsion et, pour cette raison, je n'admets pas la déclaration faite à M. Smith pour la véracité de son contenu.

Comme toutes les autres déclarations faites par M. Harding au personnel des services d'urgence, elle est

for the purpose of assisting me in assessing the credibility of Mr. Harding's testimony at the end of the trial.

(Ruling on *voir dire*, at paras. 13, 27 and 28)

[9] Levine J.A., dissenting at the Court of Appeal, found that, notwithstanding these passages and the fact that the reasons in this case "are, as a whole, almost a textbook example of a thorough, careful consideration of the evidentiary and legal rules" ((2007), 234 B.C.A.C. 161, 2007 BCCA 4, at para. 103), the trial judge erred by using the prior consistent statements to bolster Mr. Harding's "general" credibility and by using his out-of-court statements for the truth of their contents. The appellant encourages this Court to agree with these findings.

[10] In my view, the submission that the trial judge erroneously used the prior consistent statements to bolster Harding's "general" credibility must fail. As has been discussed, prior consistent statements have the impact of removing a potential motive to lie, and the trial judge is entitled to consider removal of this motive when assessing the witness's credibility.

[11] Courts and scholars in this country have used a variety of language to describe the way prior consistent statements may impact on a witness's credibility where they refute suggestion of an improper motive. Both the Nova Scotia Court of Appeal and the Alberta Court of Appeal refer to the "bolstering" of the witness's credibility (*R. v. Schofield* (1996), 148 N.S.R. (2d) 175, at para. 23; *R. v. R. (J.)* (2000), 84 Alta. L.R. (3d) 92, 2000 ABCA 196, at para. 8), a term which is also used in the leading text of Sopinka, Lederman and Bryant, at p. 314. The Ontario Court of Appeal recently found that these statements are capable of "strengthening" credibility (*R. v. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199, at para. 117), while the British Columbia Court of Appeal has referred to their ability to "rehabilitate" credibility (*R. v. Aksidan* (2006), 209 C.C.C. (3d) 423, 2006 BCCA 258, at para. 21). This Court has found that the statements can be admitted "in support of" the witness's credibility (*Evans*, at p. 643). What is clear from all of these sources is that

admissible aux fins de m'aider à apprécier la crédibilité du témoignage de M. Harding à la fin du procès.

(Décision sur le voir-dire, par. 13, 27 et 28)

[9] La juge Levine, dissidente en Cour d'appel, a conclu que, malgré ces passages et le fait que les motifs en l'espèce [TRADUCTION] « soient, dans l'ensemble, pratiquement un modèle d'examen approfondi et minutieux des règles de preuve et de droit » ((2007), 234 B.C.A.C. 161, 2007 BCCA 4, par. 103), le juge du procès a commis une erreur en utilisant les déclarations antérieures compatibles pour renforcer la crédibilité « générale » de M. Harding et en utilisant ses déclarations extrajudiciaires pour la véracité de leur contenu. L'appelant exhorte la Cour à souscrire à ces conclusions.

[10] À mon avis, la prétention selon laquelle le juge du procès a utilisé à tort les déclarations antérieures compatibles pour renforcer la crédibilité « générale » de M. Harding doit être rejetée. Comme nous l'avons vu, les déclarations antérieures compatibles ont pour effet d'éliminer une raison potentielle de mentir et le juge du procès a le droit de prendre en considération l'élimination de cette raison lorsqu'il apprécie la crédibilité du témoin.

[11] On trouve dans la jurisprudence et la doctrine canadiennes toute une gamme d'expressions pour décrire l'effet, sur la crédibilité d'un témoin, de déclarations antérieures compatibles réfutant une allégation de motif illégitime. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et celle de l'Alberta parlent du « *bolstering* » (renforcement) de la crédibilité du témoin (*R. c. Schofield* (1996), 148 N.S.R. (2d) 175, par. 23; *R. c. R. (J.)* (2000), 84 Alta. L.R. (3d) 92, 2000 ABCA 196, par. 8), un terme aussi utilisé dans l'ouvrage de référence de Sopinka, Lederman et Bryant, à la p. 314. La Cour d'appel de l'Ontario a récemment utilisé le mot « *strengthening* » pour affirmer que ces déclarations peuvent rehausser la crédibilité (*R. c. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199, par. 117), tandis que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a parlé de leur capacité de « *rehabilitate* » (rétablir) la crédibilité (*R. c. Aksidan* (2006), 209 C.C.C. (3d) 423, 2006 BCCA 258, par. 21). Notre Cour est arrivée à la conclusion que ces déclarations sont recevables « à l'appui

credibility is necessarily impacted — in a positive way — where admission of prior consistent statements removes a motive for fabrication. Although it would clearly be flawed reasoning to conclude that removal of this motive leads to a conclusion that the witness is telling the truth, it is permissible for this factor to be taken into account as part of the larger assessment of credibility.

[12] It is therefore not entirely accurate to submit, as the appellant contends, that prior consistent statements cannot be used to "bolster" or "support" the credibility of a witness generally. This argument attempts to insulate the impact of the prior consistent statements from the remainder of the credibility analysis and suggests that "general" credibility can somehow be hived off from the specific credibility question to which the statements relate. Such a fine parsing of the notion of credibility is impractical and artificial. Further, while it would clearly be an error to conclude that because someone has been saying the same thing repeatedly their evidence is more likely to be correct, there is no error in finding that because there is no evidence that an individual has a motive to lie, their evidence is more likely to be honest.

[13] I also do not agree that paras. 59 and 95 of the trial judge's reasons indicate clearly that he used Mr. Harding's prior consistent statements for an inappropriate purpose. The precise meaning of these passages is ambiguous, and that ambiguity must be resolved by looking at the remainder of the judgment. As this Court held in *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759, at para. 103, it is inappropriate for an appellate court to read a single passage out of context, and the reasons as a whole must be evaluated in order to determine whether an error has occurred:

> Read out of context, these comments suggest that the trial judge may have reversed the burden of proof. However, in my view, this is simply plucking colloquial

de » la crédibilité d'un témoin (*Evans*, p. 643). Quoi qu'il en soit, toutes ces sources illustrent clairement que l'admission de déclarations antérieures compatibles qui éliminent un motif de fabrication a nécessairement un effet — positif — sur la crédibilité. Il serait certes manifestement erroné de conclure que l'élimination de ce motif mène à la conclusion que le témoin dit la vérité, mais ce facteur peut être pris en considération dans l'appréciation générale de la crédibilité.

[12] Par conséquent, il n'est pas tout à fait exact d'affirmer, comme le fait l'appelant, que les déclarations antérieures compatibles ne peuvent pas être utilisées pour « renforcer » ou « appuyer » la crédibilité d'un témoin en général. Cet argument tente d'isoler l'effet des déclarations antérieures compatibles du reste de l'analyse de la crédibilité et laisse croire que la crédibilité « générale » peut, d'une façon ou d'une autre, être séparée de la question de crédibilité spécifique à laquelle se rapportent les déclarations. Un décorticage aussi subtil de la notion de crédibilité serait artificiel et difficile à effectuer en pratique. En outre, même s'il serait clairement erroné de conclure que la probabilité qu'un témoignage soit véridique est plus grande quand son auteur a fait le même récit à plusieurs reprises, ce n'est pas une erreur de conclure que la probabilité qu'un témoignage soit honnête est plus grande lorsqu'aucune preuve n'indique que le témoin avait une raison de mentir.

[13] Je ne crois pas non plus que les par. 59 et 95 des motifs du juge du procès indiquent clairement qu'il a utilisé les déclarations antérieures compatibles de M. Harding à mauvais escient. Le sens précis de ces passages est ambigu et cette ambiguïté doit être résolue en tenant compte du reste du jugement. Comme l'a conclu notre Cour dans *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, par. 103, il ne convient pas qu'une cour d'appel interprète un passage isolé hors contexte. Il faut considérer l'ensemble des motifs pour déterminer si une erreur a été commise :

> Interprétés hors contexte, ces commentaires semblent indiquer que le juge du procès peut avoir inversé le fardeau de la preuve. Toutefois, à mon avis, interpréter

elements of the trial judge's thorough reasons. I agree with Green J.A., who held at p. 316:

> It is not sufficient to "cherry pick" certain infelicitous phrases or sentences without enquiring as to whether the literal meaning was effectively neutralized by other passages. This is especially true in the case of a judge sitting alone where other comments made by him or her may make it perfectly clear that he or she did not misapprehend the import of the legal principles involved. As McLachlin J. said in [*R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, at p. 737]: "[t]he fact that a trial judge misstates himself at one point should not vitiate his ruling if the preponderance of what was said shows that the proper test was applied and if the decision can be justified on the evidence."

See also *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17, at paras. 19-20.

[14] In this case, the entirety of the reasons indicate that the trial judge was aware of the limited use which could be made of Mr. Harding's prior consistent statements, and I am not convinced that paras. 59 and 95, when read in the context of the remainder of the judgment, demonstrate an error.

[15] Although I agree with the appellant that Mr. Harding's testimony was important to the convictions, I find it significant that despite the fragmented nature of this witness's memory, the trial judge doubted only the reliability of his evidence, not his credibility. At para. 60 of his reasons, the judge stated: "I am satisfied [that Mr. Harding] attended to court and honestly gave his recollection of events as he best recalls them. My concern is not with his credibility, but with the reliability of his evidence." This statement suggests that the trial judge's conclusion about Mr. Harding's credibility was not contingent upon an erroneous use of the prior consistent statements.

[16] I also agree with the respondent's submission that the conviction did not turn solely on

ces commentaires hors contexte équivaut simplement à extraire quelques éléments imprécis du langage courant de motifs par ailleurs étoffés du juge du procès. Je suis d'accord avec le juge Green qui a dit à la p. 316 :

> [TRADUCTION] Il ne suffit pas de choisir aléatoirement certaines phrases ou expressions malheureuses sans chercher à savoir si leur sens littéral a été effectivement neutralisé par d'autres passages. C'est particulièrement vrai dans le cas d'un juge siégeant seul lorsque d'autres commentaires qu'il a faits peuvent faire clairement ressortir qu'il ne s'est pas mépris sur la signification des principes juridiques en cause. Comme l'a dit le juge McLachlin dans l'arrêt [*R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, à la p. 737] : « [l]e fait que le juge du procès s'exprime incorrectement à un moment donné ne devrait pas entacher de nullité sa décision si l'essentiel de ses propos indique que le bon critère a été appliqué et si la preuve peut justifier la décision. »

Voir aussi *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17, par. 19-20.

[14] En l'espèce, l'ensemble des motifs démontre que le juge du procès était conscient de l'utilisation limitée qu'il pouvait faire des déclarations antérieures compatibles de M. Harding, et je ne suis pas convaincu que les par. 59 et 95, lorsqu'ils sont interprétés dans le contexte du reste du jugement, révèlent qu'une erreur a été commise.

[15] Bien que j'estime, comme l'appelant, que le témoignage de M. Harding a joué un rôle important dans les déclarations de culpabilité, je trouve significatif que, malgré les souvenirs fragmentaires de ce témoin, le juge du procès ait douté seulement de la fiabilité de son témoignage, et non de sa crédibilité. Au paragraphe 60 de ses motifs, le juge a dit : [TRADUCTION] « Je suis convaincu qu'à l'audience [M. Harding] a décrit son souvenir des événements honnêtement, du mieux qu'il a pu. Ma préoccupation ne porte pas sur sa crédibilité, mais sur la fiabilité de son témoignage. » Cette affirmation semble indiquer que la conclusion du juge du procès sur la crédibilité de M. Harding n'était pas tributaire d'une utilisation erronée des déclarations antérieures compatibles.

[16] Je suis également d'accord avec l'intimée pour dire que la déclaration de culpabilité ne

Mr. Harding's testimony, and I find it relevant that the trial judge identified numerous other pieces of evidence supporting a conclusion that the appellant was driving the vehicle on the night of the accident. These included the fact that Mr. Stirling was the registered owner of the vehicle; the fact that Mr. Stirling stated to Shayla Richdale that he had killed his two best friends; and the expert evidence of Mr. Harper, which found that Mr. Stirling's injuries were consistent with him being the driver, while Mr. Harding's injuries were consistent with him being the passenger in the rear backseat of the car. In fact, both the experts of the Crown and the defence agreed on the location of the deceased passengers on reconstructing the accident. In my view, these additional pieces of evidence indicate that this is not a case where the outcome turned solely on a finding of credibility.

Conclusion

[17] For the reasons above, I would dismiss this appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Green & Helme, Victoria.

Solicitors for the respondent: Harper Grey, Vancouver.

reposait pas uniquement sur le témoignage de M. Harding et j'estime pertinent que le juge du procès ait recensé plusieurs autres éléments de preuve pour étayer sa conclusion que l'appelant conduisait le véhicule la nuit de l'accident. Il a notamment mentionné que M. Stirling était le propriétaire enregistré du véhicule; que M. Stirling avait dit à Shayla Richdale qu'il avait tué ses deux meilleurs amis; et que, selon le témoignage d'expert offert par M. Harper, les blessures de M. Stirling étaient compatibles avec le fait qu'il se trouvait au volant, alors que celles de M. Harding concordaient avec le fait qu'il prenait place à l'arrière de la voiture. En fait, à l'occasion de la reconstitution de l'accident, l'expert du ministère public et celui de la défense ont tiré les mêmes conclusions quant aux places qu'occupaient les passagers décédés. À mon avis, ces éléments de preuve supplémentaires indiquent qu'il ne s'agit pas d'une affaire dont l'issue se rattache uniquement à une conclusion sur la crédibilité.

Conclusion

[17] Pour les motifs que j'ai exposés, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Green & Helme, Victoria.

Procureurs de l'intimée : Harper Grey, Vancouver.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 2008 Vol. 1

2e cahier, 2008 Vol. 1

Cited as [2008] 1 S.C.R. 285-568

Renvoi [2008] 1 R.C.S. 285-568

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	MARIE RODRIGUE	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 Assistants / Adjointes administratives
LILI-ANNE MCGRAW
MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2008.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2008.

CONTENTS

Canada (Attorney General) *v.* Lameman 372

Limitation of actions — Action by aboriginal people — Discovery of cause of action — Action brought against Crown based on breach of fiduciary duty, fraudulent and malicious behaviour and treaty breach — Whether claims statute-barred — Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, c. L-15, s. 4.

R. *v.* Gibson 397

Criminal law — Evidence — Operation of vehicle with blood alcohol level exceeding legal limit — Criminal Code providing that, absent evidence to contrary, breathalyzer reading above 80 mg of alcohol per 100 ml of blood is proof that blood alcohol concentration exceeded legal limit at time of driving — Expert opinion evidence placing accused's blood alcohol concentration in range that straddled legal limit at time of driving — Whether expert evidence of alcohol elimination rates in general population and "straddle evidence" can rebut presumption — Whether expert evidence of post-offence testing of alcohol elimination rate of accused can rebut presumption — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(d.1).

R. *v.* Kang-Brown 456

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Bus stations — Police officer involved in special operation designed to detect drug couriers at bus stations observing suspicious passenger disembarking from bus — Officer approaching passenger and asking to inspect contents of his bag — Passenger starting to open bag when officer reached hand out — Passenger pulling bag back and acting nervously — Officer signaling to another officer with sniff dog to approach — Dog indicating presence of drugs in passenger's bag — Passenger arrested and drugs found on him and in his bag upon search — Whether dog sniff constituted search — If so, whether search reasonable — If search unreasonable, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Police — Police powers — Investigative tools — Sniffer dogs — Whether common law powers of police to investigate crime include use of sniffer dogs.

R. *v.* McIvor 285

Criminal law — Sentencing — Conditional sentence — Breach of condition — Evidentiary requirements for establishing breach of conditional sentence order — When must supervisor's report include signed statements of witnesses

Continued on next page

SOMMAIRE

Canada (Procureur général) *c.* Lameman 372

Prescription — Action intentée par des Autochtones — Découverte des causes d'action — Action contre la Couronne pour manquement à une obligation fiduciaire, actes frauduleux et malveillants, et manquements à un traité — Les demandes sont-elles prescrites? — Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, ch. L-15, art. 4.

R. *c.* Gibson 397

Droit criminel — Preuve — Conduite d'un véhicule avec une alcoolémie dépassant la limite légale — Code criminel prévoyant que l'indication par l'alcootest d'une alcoolémie supérieure à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, d'une alcoolémie au volant supérieure à la limite légale — Preuve d'expert situant l'alcoolémie de l'accusé lorsqu'il était au volant dans une fourchette chevauchant la limite légale — Une preuve d'expert relative aux taux d'élimination de l'alcool observés dans la population générale et la « preuve de chevauchement » permettent-elles de réfuter la présomption? — Une preuve d'expert fondée sur le taux d'élimination de l'accusé, établi au moyen de tests effectués après l'infraction, permet-elle de réfuter la présomption? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)d.1).

R. *c.* Kang-Brown 456

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Gares d'autobus — Policier participant à une opération spéciale destinée à détecter les passeurs de drogue dans les gares d'autobus observant un passager suspect qui descend d'un autobus — Policier abordant le passager et lui demandant à voir le contenu de son sac — Policier tendant la main vers le sac au moment où le passager commence à l'ouvrir — Passager tirant le sac vers lui et manifestant de la nervosité — Policier faisant signe à un autre policier de s'amener avec son chien renifleur — Chien indiquant la présence de drogue dans le sac du passager — Passager mis en état d'arrestation et drogue découverte sur lui et dans son sac lors d'une fouille — L'intervention du chien renifleur constituait-elle une fouille? — Dans l'affirmative, la fouille était-elle non abusive? — Si la fouille était abusive, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Police — Pouvoirs policiers — Outils d'enquête — Chiens renifleurs — Le pouvoir d'effectuer des enquêtes criminelles que la common law confère aux policiers comprend-il celui d'utiliser des chiens renifleurs?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to prove allegation of breach of condition — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 742.6(4).

R. v. Turningrobe **454**

Criminal law — Charge to jury — First degree murder — Intoxication — Planning and deliberation — Trial judge's instructions may have confused jury about role of accused's intoxication in assessing intent, planning and deliberation — Curative proviso not applicable — New trial ordered.

Société de l'assurance automobile du Québec v. Cyr **338**

Administrative law — Procedural fairness — Distinction between private and public actions of public administration — SAAQ entering into contract with mechanical inspection centre to carry out, on its behalf, inspection of road vehicles and to issue certificates of mechanical inspection — Contract appendix designating centre employee as accredited mechanic for purposes of execution of contract — Appendix signed by SAAQ, centre and employee — Employee's accreditation subsequently revoked by SAAQ — Act respecting administrative justice requiring Quebec government bodies to comply with procedural fairness in their discretionary decision-making processes — Whether centre employee entitled to procedural fairness with respect to SAAQ's decision to revoke his accreditation — Whether relationship established by appendix between centre employee and SAAQ precluded application of principles of public law — Act respecting administrative justice, R.S.Q., c. J-3, s. 5 — Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2, s. 520.

Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. Canada **383**

Constitutional law — Charter of Rights — Language rights — Communications by public with New Brunswick institutions — Royal Canadian Mounted Police acting as provincial police force in New Brunswick under agreement between federal and provincial governments — Whether Royal Canadian Mounted Police required to fulfil language obligations imposed on New Brunswick institutions by s. 20(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Police — Royal Canadian Mounted Police — Official languages — Royal Canadian Mounted Police acting as provincial police force in New Brunswick under agreement between federal and provincial governments — Whether Royal Canadian Mounted Police required to fulfil language obligations imposed on New Brunswick institutions by s. 20(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. McIvor **285**

Droit criminel — Détermination de la peine — Sursis à l'emprisonnement — Manquement aux conditions — Preuve qui doit être produite pour établir un manquement à une ordonnance de sursis à l'emprisonnement — Quand les déclarations signées des témoins doivent-elles figurer dans le rapport de l'agent de surveillance pour établir le prétendu manquement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 742.6(4).

R. c. Turningrobe **454**

Droit criminel — Exposé au jury — Meurtre au premier degré — Intoxication — Préméditation — Directives du juge du procès pouvant avoir semé la confusion dans l'esprit des jurés au sujet du rôle de l'intoxication de l'accusée dans l'appréciation de l'intention et de la préméditation — Disposition réparatrice inapplicable — Nouveau procès ordonné.

Société de l'assurance automobile du Québec c. Cyr **338**

Droit administratif — Équité procédurale — Distinction entre les actions privées et publiques d'une autorité publique — Contrat conclu par la SAAQ avec un centre de vérification mécanique pour qu'il effectue, pour son compte, la vérification des véhicules routiers et délivre des certificats de vérification mécanique — Employé du centre désigné comme mécanicien accrédité pour l'exécution du contrat dans une annexe du contrat — Annexe signée par la SAAQ, le centre et l'employé — Accréditation de l'employé révoquée ultérieurement par la SAAQ — Loi sur la justice administrative obligeant les ministères et organismes gouvernementaux québécois à agir conformément aux règles de l'équité procédurale dans les processus décisionnels qui relèvent de leur pouvoir discrétionnaire — L'employé du centre a-t-il droit au respect des règles d'équité procédurale dans le contexte de la décision de la SAAQ de révoquer son accréditation? — Le lien créé par l'annexe entre l'employé du centre et la SAAQ empêche-t-il l'application des principes de droit public? — Loi sur la justice administrative, L.R.Q., ch. J-3, art. 5 — Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2, art. 520.

Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada **383**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits linguistiques — Communications entre les administrés et les institutions du Nouveau-Brunswick — Gendarmerie royale du Canada jouant le rôle de service de police provincial au Nouveau-Brunswick en vertu d'une entente conclue par le fédéral et la province — La Gendarmerie royale du Canada

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Tele-Mobile Co. *v.* Ontario **305**

Criminal law — Production orders — Exemption from compliance — Production orders issued to compel third party to provide police with call records related to separate criminal investigations — Third party arguing compliance without compensation unreasonable — Whether judge can make compensation term or condition of production order — Whether financial costs of compliance with production order unreasonable — Whether exemption should be granted — Meaning of "unreasonable" in Criminal Code's exemption provision — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487.012, 487.015(4).

SOMMAIRE (Fin)

est-elle tenue de respecter les obligations linguistiques imposées aux institutions du Nouveau-Brunswick par l'art. 20(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Police — Gendarmerie royale du Canada — Langues officielles — Gendarmerie royale du Canada jouant le rôle de service de police provincial au Nouveau-Brunswick en vertu d'une entente conclue par le fédéral et la province — La Gendarmerie royale du Canada est-elle tenue de respecter les obligations linguistiques imposées aux institutions du Nouveau-Brunswick par l'art. 20(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Société Télé-Mobile *c.* Ontario **305**

Droit criminel — Ordonnance de communication — Exemption de l'obligation — Ordonnances de communication obtenues pour contraindre un tiers à communiquer à la police des relevés d'appels pour les besoins d'enquêtes criminelles distinctes — Allégation du tiers selon laquelle il est déraisonnable de l'obliger à obtempérer sans l'indemniser — L'indemnisation du tiers fait-elle partie des conditions dont le juge peut assortir l'ordonnance de communication? — Le coût financier de l'obtempération à l'ordonnance de communication est-il déraisonnable? — L'exemption devrait-elle être accordée? — Signification du mot « déraisonnable » employé dans la disposition du Code criminel relative à l'exemption — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.012, 487.015(4).

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jill Marie McIvor *Respondent*

and

Attorney General of Nova Scotia and Trial Lawyers Association of British Columbia *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* MCIVOR

Neutral citation: 2008 SCC 11.

File No.: 31642.

2007: November 8; 2008: March 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Conditional sentence — Breach of condition — Evidentiary requirements for establishing breach of conditional sentence order — When must supervisor's report include signed statements of witnesses to prove allegation of breach of condition — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 742.6(4).

Pursuant to s. 742.6 of the *Criminal Code*, the Crown applied for a hearing of allegations that M breached a conditional sentence and for an order to have M serve the unexpired sentence in custody. M's conditional sentence required in part that she: (1) not be in the direct company of P without permission from her sentence supervisor; (2) obey a curfew; (3) keep the peace and be of good behaviour; and, (4) not possess identification, credit cards, cheques or documents in any name other than her own. The Crown alleged that police officers investigating a motor vehicle collision discovered that M was a passenger in a vehicle driven by P, in breach of her curfew, and in possession of stolen property including identification and other documents in the names of third parties. At the breach hearing, the Crown submitted a report prepared and signed by M's sentencing supervisor, as required by s. 742.6(4), however the report did not include signed witness statements.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jill Marie McIvor *Intimée*

et

Procureur général de la Nouvelle-Écosse et Trial Lawyers Association of British Columbia *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* MCIVOR

Référence neutre : 2008 CSC 11.

N° du greffe : 31642.

2007 : 8 novembre; 2008 : 20 mars.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Sursis à l'emprisonnement — Manquement aux conditions — Preuve qui doit être produite pour établir un manquement à une ordonnance de sursis à l'emprisonnement — Quand les déclarations signées des témoins doivent-elles figurer dans le rapport de l'agent de surveillance pour établir le prétendu manquement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 742.6(4).

Le ministère public a sollicité la tenue d'une audience, prévue à l'art. 742.6 du *Code criminel*, sur les prétendus manquements de M aux conditions du sursis à son emprisonnement et demandé que M purge le reste de sa peine en prison. Au nombre des conditions dont était assortie l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement, M (1) ne pouvait se trouver en présence de P sans l'autorisation de son agent de surveillance; (2) devait respecter un couvre-feu; (3) ne devait pas troubler l'ordre public et devait avoir une bonne conduite; et (4) ne devait pas avoir en sa possession des pièces d'identité, des cartes de crédit, des chèques ou d'autres documents établis au nom d'un tiers. Le ministère public a fait valoir que les policiers qui enquêtaient relativement à un accident de voiture ont découvert que M prenait place dans un véhicule conduit par P, se trouvait à l'extérieur de son domicile après son couvre-feu et était en possession de biens volés, notamment de pièces d'identité et d'autres documents établis au nom de

Instead, an unsigned police report was attached to the supervisor's report, summarizing information provided by witnesses to the collision. The police report was prepared by an officer who did not witness any of the material facts upon which the alleged breach was based. At the hearing, M challenged the admissibility of the supervisor's report on the ground that it failed to include signed statements from witnesses who had personal knowledge of the material facts. The hearing judge rejected the argument, found M in breach of her conditional sentence and committed her into custody. A majority of the Court of Appeal set aside the decision and restored the conditional sentence.

Held: The appeal should be dismissed.

The Crown may prove a breach of a conditional sentence by adducing, in documentary form, the evidence it would otherwise be required to present by calling witnesses to give *viva voce* evidence in accordance with the ordinary rules of evidence. The contents of the supervisor's report or of any witness statement are not confined to firsthand knowledge and may contain any matter in respect of which the author of the report or of the statement can testify *viva voce*. This evidentiary shortcut is subject to any successful application for cross-examination of the supervisor or a witness where the offender satisfies the court that the cross-examination can serve a useful purpose. [5]

Parliament sought to achieve a proper balance between the need for an efficient process and the requirements of procedural fairness. By allowing the prosecution to present all of its evidence in documentary form, the hearing may proceed in a simpler and more expedited fashion. The requirement that signed statements of witnesses be included in the supervisor's report assures a minimum level of reliability of the evidence. The court's power to require the attendance of the supervisor or of any witness for cross-examination further ensures the fairness of the proceedings. [27]

In some cases the supervisor will be in a position to provide all of the information necessary to prove the allegation of breach. In the present case, however, neither M's supervisor nor the author of the police

tiers. À l'audience, le ministère public a produit, comme l'exige le par. 742.6(4), un rapport préparé et signé par l'agent de surveillance de M dans lequel ne figurait toutefois aucune déclaration signée par un témoin. Y figurait plutôt un rapport de police non signé qui résumait les renseignements fournis par des témoins de la collision. Ce rapport de police a été préparé par un agent qui n'a été témoin d'aucun des faits substantiels sur lesquels étaient fondées les allégations de manquement. À l'audience, M a contesté l'admissibilité du rapport de l'agent de surveillance au motif qu'il n'y figurait pas de déclarations signées des témoins qui avaient une connaissance personnelle des faits substantiels. Le juge qui présidait l'audience a rejeté cet argument, a conclu à un manquement à l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement de la part de M et a ordonné son incarcération. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé cette décision et rétabli l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le ministère public peut établir un manquement à une ordonnance de sursis à l'emprisonnement en produisant, sous forme documentaire, la preuve qu'il lui faut normalement présenter au moyen de témoignages de vive voix suivant les règles de preuve ordinaires. Le contenu du rapport de l'agent de surveillance ou des déclarations des témoins n'est pas restreint aux seuls faits dont leur auteur a une connaissance personnelle; ces documents peuvent faire état de toute question au sujet de laquelle leur auteur pourrait être interrogé s'il était appelé à témoigner de vive voix. Cette procédure simplifiée s'applique sous réserve de la décision du tribunal d'autoriser le délinquant à contre-interroger l'agent de surveillance ou un témoin si le délinquant l'a convaincu de l'utilité de la comparution. [5]

Le législateur cherchait le juste équilibre entre la nécessité de mettre en place une procédure efficace et celle de satisfaire aux exigences de l'équité procédurale. Comme la poursuite est autorisée à présenter l'ensemble de sa preuve sous forme documentaire, l'audience peut se dérouler de manière plus simple et plus expéditive. L'exigence selon laquelle les déclarations signées des témoins doivent figurer dans le rapport de l'agent de surveillance assure un niveau de fiabilité minimal. Le pouvoir du tribunal d'exiger la comparution, pour fin de contre-interrogatoire, de l'agent de surveillance ou de tout témoin garantit encore davantage le respect de l'équité procédurale. [27]

Dans certains cas, l'agent de surveillance sera en mesure de fournir tous les renseignements nécessaires pour établir le prétendu manquement. En l'espèce, toutefois, ni l'agent de surveillance de M ni l'auteur du

report could have provided admissible *viva voce* testimony about any of the facts alleged to constitute the breach. Given the nature of the allegations, it became appropriate and necessary to include signed statements of witnesses from those persons who could provide information about the material facts. The hearing judge had no admissible evidence before him upon which to base his finding that M had breached her conditional sentence order. He therefore erred in terminating the conditional sentence order. [25] [31]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 30.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 515(6), 724, 732.2(5)(*d*), 733.1, 742.6.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Hall and Smith JJ.A.) (2006), 228 B.C.A.C. 300, 376 W.A.C. 300, 210 C.C.C. (3d) 161, [2006] B.C.J. No. 1608 (QL), 2006 CarswellBC 1748, 2006 BCCA 343, setting aside an order of Higinbotham J. Appeal dismissed.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten, for the appellant.

Donald J. McKay and *Michael D. Smith*, for the respondent.

Daniel A. MacRury, Q.C., and *Kenneth C. Haley, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Howard Rubin, Q.C., for the intervener the Trial Lawyers Association of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

[1] At issue in this appeal are the evidentiary requirements for establishing a breach of a

rapport de police n'auraient pu fournir un témoignage admissible de vive voix quant aux faits qui constituaient les prétendus manquements. Étant donné la nature de ces manquements, il était nécessaire et approprié de faire figurer dans le rapport les déclarations signées des témoins pouvant fournir des renseignements au sujet des faits substantiels. Le juge qui a présidé l'audience ne disposait d'aucun élément de preuve admissible lui permettant de conclure que M avait enfreint les conditions de son ordonnance de sursis à l'emprisonnement. Il a donc commis une erreur en mettant fin à l'ordonnance. [25] [31]

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(6), 724, 732.2(5)*d*), 733.1, 742.6.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 30.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Hall et Smith) (2006), 228 B.C.A.C. 300, 376 W.A.C. 300, 210 C.C.C. (3d) 161, [2006] B.C.J. No. 1608 (QL), 2006 CarswellBC 1748, 2006 BCCA 343, qui a infirmé une ordonnance du juge Higinbotham. Pourvoi rejeté.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten, pour l'appelante.

Donald J. McKay et *Michael D. Smith*, pour l'intimée.

Daniel A. MacRury, c.r., et *Kenneth C. Haley, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Howard Rubin, c.r., pour l'intervenante Trial Lawyers Association of British Columbia.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

[1] Dans le présent pourvoi, la Cour doit se prononcer sur la preuve qui doit être produite pour

conditional sentence order under s. 742.6 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The particular question that arises is the following: when "must" the supervisor's report "include . . . signed statements of witnesses" to prove the allegation of a breach of condition? In the words of s. 742.6(4), the legislative response to this question is "where appropriate" or "*le cas échéant*". The parties are divided on the meaning of this provision, as are the courts below.

[2] Of particular relevance are the following provisions:

742.6 . . .

(4) An allegation of a breach of condition must be supported by a written report of the supervisor, which report must include, where appropriate, signed statements of witnesses.

(5) The report is admissible in evidence if the party intending to produce it has, before the hearing, given the offender reasonable notice and a copy of the report.

(6) Service of any report referred to in subsection (4) may be proved by oral evidence given under oath by, or by the affidavit or solemn declaration of, the person claiming to have served it.

. . .

(8) The offender may, with leave of the court, require the attendance, for cross-examination, of the supervisor or of any witness whose signed statement is included in the report.

(9) Where the court is satisfied, on a balance of probabilities, that the offender has without reasonable excuse, the proof of which lies on the offender, breached a condition of the conditional sentence order, the court may

(*a*) take no action;

(*b*) change the optional conditions;

(*c*) suspend the conditional sentence order and direct

établir un manquement à une ordonnance de sursis à l'emprisonnement sous le régime de l'art. 742.6 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Elle doit plus précisément répondre à la question suivante : dans quelles circonstances les « déclarations signées des témoins » doivent-elles figurer dans le rapport de l'agent de surveillance pour que le prétendu manquement soit établi? Selon le par. 742.6(4), elles doivent y figurer « le cas échéant » ou, en anglais, « *where appropriate* » (« lorsque cela est approprié »). Ni les parties, ni les tribunaux de juridiction inférieure ne s'entendent sur le sens de cette disposition.

[2] Les dispositions suivantes sont particulièrement pertinentes :

742.6 . . .

(4) Le prétendu manquement est établi sur le fondement du rapport écrit de l'agent de surveillance, où figurent, le cas échéant, les déclarations signées des témoins.

(5) Le rapport n'est recevable en preuve que si la partie qui entend le produire donne à la partie adverse, dans un délai raisonnable avant l'audience, une copie du rapport et un préavis de son intention de produire celui-ci.

(6) La signification du rapport peut être prouvée par témoignage sous serment, par affidavit ou par déclaration solennelle de la personne qui a effectué la signification.

. . .

(8) Le délinquant peut, avec l'autorisation du tribunal, exiger la comparution, pour fin de contre-interrogatoire, de l'agent de surveillance ou de tout témoin dont la déclaration signée figure au rapport.

(9) Le tribunal peut, s'il est convaincu, par une preuve prépondérante, que le délinquant a enfreint, sans excuse raisonnable dont la preuve lui incombe, une condition de l'ordonnance de sursis :

a) ne pas agir;

b) modifier les conditions facultatives;

c) suspendre l'ordonnance et ordonner :

(i) that the offender serve in custody a portion of the unexpired sentence, and

(ii) that the conditional sentence order resume on the offender's release from custody, either with or without changes to the optional conditions; or

(*d*) terminate the conditional sentence order and direct that the offender be committed to custody until the expiration of the sentence.

[3] It is Ms. McIvor's position that it is mandatory for the supervisor to "include" in the report "signed statements of witnesses" from those persons who have firsthand knowledge of the material facts whenever the supervisor cannot himself or herself provide that information. It is submitted that this interpretation accords with the mandatory language of s. 742.6(4) and the offender's right to apply under s. 742.6(8) for leave to require the attendance of "the supervisor or of any witness whose signed statement is included in the report" for cross-examination. In short, subject to leave being granted requiring the attendance of any of the witnesses, the legislative scheme allows the Crown to prove the breach by adducing in documentary form the evidence it would otherwise have been required to present in the usual way by *viva voce* evidence. It is submitted that this interpretation not only accords with the wording of the statute, it also reflects the correct balance between expediency and fairness in the conditional sentence order breach process (respondent's factum, at para. 124). Ms. McIvor's argument was rejected by the hearing judge but found favour with Smith J.A., Donald J.A. concurring, on appeal to the British Columbia Court of Appeal ((2006), 228 B.C.A.C. 300, 2006 BCCA 343).

[4] The Crown, on the other hand, contends that the supervisor's written report, however formulated, is admissible in evidence as long as the Crown complies with the notice requirements under s. 742.6(5). The hearing judge then determines, depending on the nature or complexity of the allegation, whether it would have been "appropriate" for the supervisor to include "signed statements of witnesses" so

(i) d'une part, au délinquant de purger en prison une partie de la peine qui reste à courir,

(ii) d'autre part, que l'ordonnance s'applique à compter de la libération du délinquant, avec ou sans modification des conditions facultatives;

d) mettre fin à l'ordonnance de sursis et ordonner que le délinquant soit incarcéré jusqu'à la fin de la peine d'emprisonnement.

[3] Selon M^me^ McIvor, il est obligatoire que les « déclarations signées des témoins » qui ont une connaissance personnelle des faits substantiels « figurent » dans le rapport de l'agent de surveillance, si celui-ci ne peut pas fournir lui-même ces renseignements. Elle fait valoir que cette interprétation cadre avec le libellé impératif du par. 742.6(4) et avec le droit du délinquant de solliciter, en vertu du par. 742.6(8), l'autorisation d'exiger la comparution « de l'agent de surveillance ou de tout témoin dont la déclaration signée figure au rapport », pour fin de contre-interrogatoire. Bref, sous réserve de l'autorisation de faire comparaître un témoin, le régime législatif permet au ministère public d'établir le manquement en présentant, sous forme documentaire, la preuve qu'il aurait autrement dû présenter au moyen de témoignages de vive voix, c.-à-d. selon le mode de preuve habituel. On a également fait valoir que non seulement cette interprétation cadre avec le libellé de la loi, mais elle maintient aussi un juste équilibre entre l'efficacité et l'équité procédurale de l'audience sur un prétendu manquement à une ordonnance de sursis à l'emprisonnement (mémoire de l'intimée, par. 124). Bien qu'elle ait été rejetée par le juge qui a présidé l'audience, la thèse de M^me^ McIvor a été retenue par le juge Smith de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, avec l'accord du juge Donald ((2006), 228 B.C.A.C. 300, 2006 BCCA 343).

[4] En revanche, le ministère public soutient que, peu importe sa formulation, le rapport écrit de l'agent de surveillance est admissible en preuve si le ministère public a satisfait aux exigences en matière de préavis énoncées au par. 742.6(5). Le juge qui préside l'audience décide par la suite, selon la nature ou la complexité du prétendu manquement, s'il aurait été approprié que l'agent de

as to relay better specifics of the circumstances surrounding the breach, fill in gaps, or satisfy the court of the reliability of the information. When the judge is of the view that it would have been appropriate to include such statements, the Crown bears the risk of the judge dismissing the allegation for failure to provide sufficient evidence to establish the breach on a balance of probabilities under s. 742.6(9) (appellant's factum, at para. 111). In other words, according to the Crown, the contents of the supervisor's report are left entirely discretionary under the legislative scheme, their sufficiency being simply a matter of weight to be determined by the court on a case-by-case basis. It is argued that this approach accords with the evidentiary standard on sentencing hearings that allows for the admission of the greatest possible range of information available. It is further submitted that this interpretation is consistent with Parliament's intent that proceedings under s. 742.6 be expeditious and simple. Hall J.A., writing in dissent, accepted the Crown's argument and would have dismissed Ms. McIvor's appeal. The Crown appeals to this Court from the majority finding.

[5] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal. Simply put, I conclude that the legislative scheme allows the Crown to prove the breach by adducing, *in documentary form*, the evidence it would otherwise have been required to present, in accordance with the ordinary rules of evidence, by calling witnesses to give *viva voce* evidence about the alleged breach. In turn, the supervisor's report and the statements of witnesses (if any) may contain any matter in respect of which the author of the report or of the statement could testify to if he or she were called upon to give *viva voce* testimony. This evidentiary shortcut, of course, is subject to any successful application under s. 742.6(8) requiring the attendance for cross-examination of the supervisor or of any of the witnesses. In accordance with Parliament's intent to keep the process simple and expeditious, however, the supervisor

surveillance fasse figurer les « déclarations signées des témoins » dans son rapport, afin de mieux faire comprendre les circonstances entourant le manquement, de combler les lacunes ou de convaincre le tribunal de la fiabilité des renseignements. Si le juge estime que l'inclusion des déclarations aurait été appropriée, le ministère public risque de voir l'allégation rejetée faute de preuve suffisante pour établir le manquement selon la prépondérance des probabilités conformément au par. 742.6(9) (mémoire de l'appelante, par. 111). En d'autres termes, le ministère public soutient que, selon le régime législatif, le contenu du rapport de l'agent de surveillance demeure entièrement discrétionnaire et la question de savoir s'il est suffisant est une question d'appréciation que le tribunal doit trancher au cas par cas. Il fait valoir que cette position concorde avec la norme de preuve applicable aux audiences de détermination de la peine, qui permet la production du plus large éventail possible de renseignements disponibles. Il ajoute que cette interprétation serait aussi compatible avec la volonté du législateur que la procédure décrite à l'art. 742.6 soit simple et expéditive. Dans ses motifs de dissidence, le juge Hall de la Cour d'appel a retenu la thèse du ministère public et s'est dit d'avis de rejeter l'appel de M^me^ McIvor. Le ministère public se pourvoit devant notre Cour contre le jugement majoritaire de la Cour d'appel.

[5] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. En clair, je conclus que le régime législatif en cause permet au ministère public d'établir le prétendu manquement en produisant *sous forme documentaire* la preuve qu'il lui faudrait normalement présenter au moyen de témoignages de vive voix suivant les règles de preuve ordinaires. Par ailleurs, le rapport de l'agent de surveillance et les déclarations des témoins (le cas échéant) peuvent faire état de toute question au sujet de laquelle leur auteur pourrait être interrogé s'il était appelé à témoigner de vive voix. Cette procédure simplifiée s'applique, évidemment, sous réserve de la décision du tribunal d'autoriser le délinquant, en vertu du par. 742.6(8), à exiger la comparution de l'agent de surveillance ou de tout autre témoin pour fin de contre-interrogatoire. Il faut néanmoins, pour respecter la volonté du législateur d'établir une

and the witnesses should not routinely be required to attend the hearing. For leave to be granted, the offender must satisfy the hearing judge that the attendance of the supervisor or of any of the witnesses for cross-examination could serve a useful purpose.

2. The Facts and Proceedings Below

[6] On September 20, 2005, Jill Marie McIvor was sentenced to a 12-month conditional sentence for a number of property-related offences. Among other conditions, the conditional sentence order required that Ms. McIvor: (1) not be in the direct company of her co-accused without permission from her sentence supervisor; (2) unless authorized in writing by her supervisor, or required to be outside her residence for a *bona fide* medical emergency, obey a curfew between the hours of 9:00 p.m. and 7:00 a.m.; (3) keep the peace and be of good behaviour; and (4) not possess identification, credit cards, cheques or documents in any name other than her own. It is alleged that Ms. McIvor breached these four conditions.

[7] The facts in support of the alleged breaches all arise out of a motor vehicle collision which occurred during the late evening hours of September 25, 2005. It is alleged that the circumstances surrounding the collision reveal that: (1) Ms. McIvor was a passenger in a vehicle driven by her co-accused, Dean Pelley; (2) she was outside of her residence past her curfew; (3) she was in possession of stolen property located in the vehicle; and (4) some of the stolen property included identification and other documents in the names of third parties.

[8] At the breach hearing, the Crown relied exclusively on the supervisor's report, adduced in accordance with the notice and service requirements under s. 742.6(5) and (6). The report, signed by the supervisor, set out the relevant conditions and stated that Jill Marie McIvor had not been given permission to

procédure simple et expéditive, éviter de faire comparaître systématiquement l'agent de surveillance et les témoins à l'audience. Pour obtenir l'autorisation du tribunal, le délinquant doit convaincre le juge de l'utilité de la comparution de l'agent de surveillance ou du témoin.

2. Les faits et les décisions des juridictions inférieures

[6] Le 20 septembre 2005, Jill Marie McIvor a été condamnée à une peine d'emprisonnement avec sursis de 12 mois après avoir été reconnue coupable d'un certain nombre d'infractions relatives à des biens. Au nombre des conditions dont était assortie l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement, mentionnons que M^me^ McIvor : (1) ne pouvait se trouver en présence de son coaccusé sans l'autorisation de son agent de surveillance; (2) devait respecter un couvre-feu lui interdisant de se trouver à l'extérieur de son domicile entre 21 h et 7 h, à moins d'une autorisation écrite de son agent de surveillance ou d'une urgence médicale réelle; (3) ne devait pas troubler l'ordre public et devait avoir une bonne conduite; (4) ne devait pas avoir en sa possession des pièces d'identité, des cartes de crédit, des chèques ou d'autres documents établis au nom d'un tiers. Il est allégué que M^me^ McIvor a enfreint ces quatre conditions.

[7] Les faits établissant les prétendus manquements découlent tous d'un accident de la route survenu tard le soir du 25 septembre 2005. Il ressortirait des prétendues circonstances entourant cet accident que : (1) M^me^ McIvor prenait place dans le véhicule conduit par son coaccusé, Dean Pelley; (2) elle se trouvait à l'extérieur de son domicile après son couvre-feu; (3) elle était en possession de biens volés retrouvés dans le véhicule; (4) des pièces d'identité et d'autres documents établis au nom de tiers figuraient au nombre des biens volés.

[8] À l'audience, le ministère public s'est fondé exclusivement sur le rapport de l'agent de surveillance, qui a été produit en preuve conformément aux exigences en matière de préavis et de signification prévues aux par. 742.6(5) et (6). Dans ce rapport signé, l'agent de surveillance fait état

be out beyond her curfew or to be in contact with her co-accused. Attached to the supervisor's report was a comprehensive police report prepared by the investigating officer, summarizing the information obtained from several witnesses concerning the circumstances surrounding the motor vehicle collision. The witnesses named in the report included Ms. McIvor's co-accused, some eyewitnesses to the collision, police officers attending at the scene, and the persons who identified as their property the items found in the car occupied by Ms. McIvor and her co-accused. No signed statements from any of these witnesses was included in the police officer's report. The investigating officer who prepared the report was not himself a witness to any of the material facts and his report was not signed. It simply concluded with the typewritten words: "Respectfully Submitted. Cst. Paul DOUGLAS #160 Traffic Safety Unit".

[9] On a preliminary motion, Ms. McIvor's counsel sought a dismissal of the breach allegations on the ground that the supervisor had failed to include "signed statements of witnesses" with his report, contrary to s. 742.6(4). The hearing judge rejected this argument, holding that the comprehensive police report was a formal document created by investigators for the use of prosecutors and that it would not be "appropriate" for the court to "insist on a technicality of the signature given the overall scheme of the section dealing with conditional sentence breaches and the nature of the document itself". He proceeded with the hearing, found Ms. McIvor in breach, terminated the conditional sentence order and committed her to custody until the expiration of her sentence.

[10] The hearing judge's decision was overturned by a majority of the British Columbia Court of Appeal. Smith J.A. held that the hearing judge seemingly misapprehended Ms. McIvor's argument by focussing on whether the report to Crown counsel

des conditions pertinentes et déclare ne pas avoir donné à Jill Marie McIvor l'autorisation de se trouver ailleurs qu'à son domicile après son couvre-feu ni de communiquer avec son coaccusé. Au rapport de l'agent de surveillance était joint un rapport de police exhaustif dans lequel l'enquêteur avait résumé les renseignements obtenus de plusieurs témoins au sujet des circonstances entourant l'accident de la route. Au nombre des témoins nommés dans le rapport figuraient le coaccusé de M^me^ McIvor, quelques témoins oculaires de l'accident, les policiers présents sur les lieux et les personnes qui ont identifié leurs articles parmi les biens retrouvés dans le véhicule occupé par M^me^ McIvor et son coaccusé. Aucune déclaration signée par l'un ou l'autre de ces témoins ne figurait dans le rapport de police. L'enquêteur qui a rédigé le rapport n'a lui-même été témoin d'aucun fait substantiel et n'a pas signé son rapport. En conclusion, il a simplement dactylographié les mots suivants : [TRADUCTION] « Le tout respectueusement soumis. Agent Paul DOUGLAS, n^o^ 160, direction de la sécurité routière ».

[9] L'avocat de M^me^ McIvor a présenté une requête préliminaire visant le rejet des allégations de manquement au motif que le rapport de l'agent de surveillance ne contenait pas de « déclarations signées des témoins » , comme l'exige le par. 742.6(4). Le juge qui présidait l'audience a rejeté cet argument, statuant que le rapport de police exhaustif était un document officiel rédigé par des enquêteurs en vue de son utilisation par le ministère public et qu'il ne serait pas « approprié » que le tribunal [TRADUCTION] « mette l'accent sur un détail technique concernant la signature, étant donné l'esprit de l'ensemble des dispositions sur les manquements aux ordonnances de sursis à l'emprisonnement et la nature du document en cause ». Il a tenu l'audience, conclu à un manquement de la part de M^me^ McIvor, mis fin au sursis à l'emprisonnement et ordonné l'incarcération de M^me^ McIvor jusqu'à l'expiration de sa peine.

[10] Cette décision a été infirmée par les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le juge Smith a déclaré que le juge qui avait présidé l'audience semblait avoir mal interprété la position de M^me^ McIvor en concentrant

was signed, rather than on its contents. Smith J.A. found it unnecessary to decide whether the report was "signed" by Constable Douglas because, in his view, the comprehensive police report could not be a witness statement within the meaning of s. 742.6(4) because a "witness" is a person present at an event and able to give information about it. "Statements of witnesses" must then refer to written accounts of the facts alleged to constitute a breach prepared by persons having knowledge of those facts. That s. 742.6(8) allows the offender, with leave, to cross-examine the supervisor and any witness whose statement is included, lent further support to this interpretation. The supervisor's report lacked signed statements of witnesses, and could therefore not be admitted in evidence. Accordingly, Smith J.A. set aside the order of the hearing judge and restored the conditional sentence.

[11] Hall J.A. dissented, holding that Constable Douglas's report was functionally equivalent to a signed witness statement. He noted that the comprehensive police report was very detailed, seemed reliable on its face, and provided sufficient information to allow Ms. McIvor to challenge its contents. In his view, Ms. McIvor could apply to have any witness attend before the court for cross-examination and therefore there was no possible unfairness in the hearing proceedings. Hall J.A. found that the majority's approach elevated form over substance, and did not accord with Parliament's intent to create an expeditious breach process.

3. Analysis

[12] A breach proceeding under s. 742.6 is not simply a hearing to obtain information about the offender's background in order to fashion a fit

son attention, non pas sur la teneur du rapport présenté au ministère public, mais plutôt sur la question de savoir si ce rapport avait été signé. Selon le juge Smith, il était inutile de trancher la question de savoir si le rapport avait été ou non « signé » par l'agent Douglas, parce que le rapport de police exhaustif ne pouvait être assimilé à la déclaration d'un témoin au sens du par. 742.6(4), puisqu'un « témoin » est une personne présente lors de l'incident et capable de fournir des renseignements s'y rapportant. Les « déclarations [. . .] des témoins » sont donc les comptes rendus écrits des faits qui constitueraient le prétendu manquement, préparés par des personnes qui ont eu connaissance de ces faits. Le paragraphe 742.6(8) — suivant lequel le délinquant peut, avec l'autorisation du tribunal, contre-interroger l'agent de surveillance et tout témoin dont la déclaration signée figure au rapport — étayait également cette interprétation. Le rapport de l'agent de surveillance ne contenait pas de déclarations signées des témoins et n'était donc pas recevable en preuve. Par conséquent, le juge Smith a annulé l'ordonnance rendue par le juge qui avait présidé l'audience et a rétabli l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement.

[11] Le juge Hall, dissident, était d'avis que le rapport de l'agent Douglas était en fait assimilable à une déclaration signée d'un témoin. Il a fait remarquer que le rapport de police fournissait des renseignements très détaillés, semblait à première vue digne de foi et contenait suffisamment de renseignements pour que M^me^ McIvor puisse en contester la teneur. À son avis, M^me^ McIvor pouvait demander la comparution de tout témoin pour fin de contre-interrogatoire, de sorte que la procédure ne pouvait être inéquitable. Le juge Hall a conclu que la position des juges majoritaires laissait la forme l'emporter sur le fond et allait à l'encontre de la volonté du législateur de mettre en place une procédure expéditive d'enquête sur les prétendus manquements.

3. Analyse

[12] L'audience tenue en application de l'art. 742.6 ne vise pas uniquement à obtenir des informations générales sur le délinquant afin de lui infliger une

sentence. If any analogy may be usefully drawn, conditional sentence breach proceedings are more akin to a prosecution for breach of probation, coupled with a revocation hearing to lift the suspension of a sentence. Therefore, the Crown's submission that the Court of Appeal's majority ruling creates an illogical dichotomy by setting a higher evidentiary standard than that required at the sentence hearing is misguided. Moreover, to the extent that the breach hearing may be regarded as a continuation of the sentencing proceeding, the proof of a breach is analogous to the proof of aggravating facts. When an aggravated fact is disputed at a sentence hearing, s. 724 of the *Criminal Code* provides that the Crown must establish its existence by proof beyond a reasonable doubt and the offender has the right to cross-examine any witness called for that purpose. Therefore, any analogy to the sentence hearing does not lend support to the Crown's position.

[13] In interpreting the provisions in question in this appeal, conditional sentence breach proceedings may usefully be compared to, and from an evidentiary standpoint contrasted with, a prosecution for breach of probation and the consequent revocation hearing to lift the suspension of a sentence. Indeed, the comparison between a conditional sentence and a suspended sentence with probation was the focal point of the Court's discussion about the nature of the conditional sentence in *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5. Writing for the Court, Lamer C.J. explained at length how, despite the many similarities between the conditional sentence regime and probationary measures, there are strong indications that Parliament intended the conditional sentence to be more punitive than the suspended sentence with probation. He concluded that the new provisions should be interpreted accordingly, stressing that "conditional sentences should generally include punitive conditions that are restrictive of the offender's liberty" (para. 36), and that "[m]ore importantly, where an offender

peine qui convient. S'il était possible d'établir une analogie utile, il faudrait dire que l'audience sur le manquement à une ordonnance de sursis à l'emprisonnement ressemble davantage à une poursuite pour défaut de se conformer à une ordonnance de probation, combinée à une audience sur la révocation du sursis au prononcé de la peine. Par conséquent, le ministère public fait fausse route en plaidant que le jugement majoritaire de la Cour d'appel crée une dichotomie illogique en imposant une norme de preuve supérieure à celle applicable lors d'une audience de détermination de la peine. Qui plus est, dans la mesure où l'audience sur le prétendu manquement peut être considérée comme la continuation de l'audience de détermination de la peine, la preuve du manquement est semblable à celle d'un fait aggravant. En cas de contestation d'un fait aggravant à l'audience de détermination de la peine, le ministère public est tenu, suivant l'art. 724 du *Code criminel*, de prouver ce fait hors de tout doute raisonnable, et le délinquant peut contre-interroger tout témoin cité à cette fin. Par conséquent, une analogie avec l'audience de détermination de la peine ne sert pas la thèse du ministère public.

[13] Pour interpréter les dispositions législatives en cause, il peut être utile d'établir une comparaison et de faire la distinction, sur le plan de la preuve, entre l'audience sur le prétendu manquement à une ordonnance de sursis à l'emprisonnement et une poursuite pour défaut de se conformer à une ordonnance de probation, suivie d'une audience sur la révocation du sursis au prononcé de la peine. En effet, dans *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, la Cour a axé son examen de la nature de l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement sur la comparaison entre l'emprisonnement avec sursis et le sursis au prononcé de la peine assorti d'une ordonnance de probation. S'exprimant au nom de la Cour, le juge en chef Lamer a longuement expliqué que, malgré les nombreuses similitudes entre l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement et la probation, il existe de fortes indications que le législateur voulait que l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement ait un caractère plus punitif que le sursis au prononcé de la peine avec mise en probation. Il a conclu que les nouvelles dispositions devaient être

breaches a condition without reasonable excuse, there should be a presumption that the offender serve the remainder of his or her sentence in jail" (para. 39).

[14] In the course of his analysis, Lamer C.J. described some of the distinctions between the breach proceedings under each regime. He noted that, at first blush, it appeared that the consequences for breaching probation appeared more severe than for breaching a conditional sentence order:

> Pursuant to s. 733.1(1), breach of probation constitutes a new offence, punishable by up to two years imprisonment, while a breach of condition does not constitute a new offence *per se*. The maximum penalties are also different. In the case of a breach of probation, the offender is subject to the revocation of the probation order and can be sentenced for the original offence (in cases where a suspended sentence was rendered): see s. 732.2(5). By contrast, in the case of breaches of conditional sentences, the maximum punishment available is incarceration for the time remaining of the original sentence (s. 742.6(9)). [para. 27]

[15] However, despite the potentially more severe consequences for breaching probation, Lamer C.J. noted how the procedure set out in s. 742.6 demonstrated Parliament's intention that committal to prison be a real threat to ensure better compliance with the conditional sentence order. He explained it as follows:

> The conditional sentence is a meaningful alternative to incarceration for less serious and non-dangerous offenders. The offenders who meet the criteria of s. 742.1 will serve a sentence under strict surveillance in the community instead of going to prison. These

interprétées en conséquence, précisant qu'« une ordonnance de sursis à l'emprisonnement devrait généralement être assortie de conditions punitives restreignant la liberté du délinquant » (par. 36), et que, « [r]emarque plus importante, lorsque le délinquant enfreint sans excuse raisonnable une condition de son ordonnance de sursis à l'emprisonnement, il devrait y avoir présomption qu'il doit alors purger le reste de sa peine en prison » (par. 39).

[14] Dans son analyse, le juge en chef Lamer a décrit certaines des différences entre les mesures prévues en cas de manquement sous chaque régime. Il a fait remarquer que les conséquences de l'inobservation d'une ordonnance de probation semblaient, *a priori*, plus sévères que les conséquences du manquement à une ordonnance de sursis à l'emprisonnement :

> Selon le par. 733.1(1), l'inobservation d'une ordonnance de probation constitue une nouvelle infraction, punissable d'un emprisonnement maximal de deux ans, alors que le manquement aux conditions d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement ne constitue pas en soi une nouvelle infraction. Les peines maximales diffèrent également. Le délinquant qui ne se conforme pas à son ordonnance de probation peut voir cette dernière révoquée et être condamné à toute peine applicable à l'égard de l'infraction initiale (s'il y a eu sursis au prononcé de la peine) : voir le par. 732.2(5). Par comparaison, en cas de manquement aux conditions d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, la sanction maximale applicable est l'incarcération pour le reste de la période d'emprisonnement infligée initialement (par. 742.6(9)). [par. 27]

[15] Pourtant, malgré les conséquences éventuelles plus sévères de l'inobservation de l'ordonnance de probation, le juge en chef Lamer a souligné en quoi les mesures prévues à l'art. 742.6 démontraient que le législateur entendait faire peser une menace réelle d'incarcération sur les délinquants pour les inciter à respecter davantage les ordonnances de sursis à l'emprisonnement. Il a donné l'explication suivante :

> La peine d'emprisonnement avec sursis [. . .] constitue une solution de rechange à l'incarcération de certains délinquants non dangereux. Au lieu d'être incarcérés, les délinquants qui satisfont aux critères fixés par l'art. 742.1 purgent leur peine sous stricte surveillance au

offenders' liberty will be constrained by conditions to be attached to the sentence, as set out in s. 742.3 of the *Code*. In case of breach of conditions, the offender will be brought back before a judge, pursuant to s. 742.6. If an offender cannot provide a reasonable excuse for breaching the conditions of his or her sentence, the judge may order him or her to serve the remainder of the sentence in jail, as it was intended by Parliament that there be a real threat of incarceration to increase compliance with the conditions of the sentence. [Emphasis added; para. 21.]

[16] Lamer C.J. did not elaborate on how the relatively simple and expedited nature of the breach proceeding can provide a "real threat of incarceration" by facilitating the prosecution of non-compliant offenders, as the particularities of the hearing under s. 742.6 were not in issue in *Proulx*. This appeal brings these particularities into focus.

[17] As noted in the excerpt above, failure to comply with the condition of a probation order constitutes a distinct criminal offence under s. 733.1 of the *Criminal Code*, while failure to comply with a conditional sentence order does not. One should not on that basis jump to the conclusion that the initiation of a s. 742.6 breach proceeding is of less consequence to the offender. In that respect, it is noteworthy that the provisions of Parts XVI and XVIII of the *Criminal Code* with respect to compelling the appearance of an accused before a justice are incorporated by reference under s. 742.6(1)(*a*). Likewise, for the purpose of arrest powers, the breach of a conditional sentence order is treated as an indictable offence: s. 742.6(1)(*b*) and (*f*). In so far as interim release is concerned, the reverse onus provisions of s. 515(6) apply, requiring that the offender be kept in custody until dealt with according to law unless he or she shows cause why detention is not required: s. 742.6(2). Questions concerning the initiation of process or interim release in respect of allegations of breach of a conditional sentence order are not in issue in this appeal and I do not propose to deal with the scope or particular application of these provisions. I find it noteworthy, however, that from a procedural standpoint the

sein de la collectivité. Leur liberté est restreinte par les conditions dont est assortie leur ordonnance de sursis à l'emprisonnement en vertu de l'art. 742.3 du *Code*. Suivant l'art. 742.6, le délinquant qui manque à ces conditions est ramené devant le tribunal. Si le délinquant ne peut apporter d'excuse raisonnable pour justifier le manquement aux conditions de son ordonnance, le tribunal peut ordonner son incarcération pour le reste de la peine, puisque le législateur entendait faire peser une menace concrète d'incarcération en vue d'accroître le respect des conditions assortissant les ordonnances de sursis à l'emprisonnement. [Je souligne; par. 21.]

[16] Le juge en chef Lamer n'a pas précisé comment le caractère relativement simple et expéditif de la procédure applicable en cas de manquement pouvait poser une « menace concrète d'incarcération » en facilitant les poursuites contre les délinquants récalcitrants, puisque les particularités de l'audience prévue par l'art. 742.6 n'étaient pas en cause dans l'affaire *Proulx*. Or, ces particularités se retrouvent au premier plan dans le présent pourvoi.

[17] Comme on le mentionne dans l'extrait cité précédemment, l'inobservation d'une condition d'une ordonnance de probation constitue une infraction distincte (décrite à l'art. 733.1 du *Code criminel*), ce qui n'est pas le cas d'un manquement aux conditions d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement. Il ne faudrait toutefois pas conclure trop hâtivement qu'une procédure sur un prétendu manquement intentée aux termes de l'art. 742.6 est moins lourde de conséquences pour le délinquant. À cet égard, il convient de noter que l'al. 742.6(1)*a*) incorpore par renvoi les dispositions des parties XVI et XVIII du *Code criminel* concernant la comparution forcée d'un prévenu devant un juge de paix. De même, les pouvoirs d'arrestation en cas de manquement à une ordonnance de sursis à l'emprisonnement sont les mêmes que pour les actes criminels : al. 742.6(1)*b*) et *f*). En ce qui concerne la mise en liberté provisoire, ce sont les dispositions du par. 515(6) emportant inversion du fardeau de la preuve qui s'appliquent : le délinquant est détenu sous garde jusqu'à ce qu'il soit traité selon la loi, à moins de faire valoir l'absence de fondement de cette mesure (par. 742.6(2)). Le présent pourvoi ne soulève pas de questions concernant le déclenchement de la procédure ou la mise en liberté

commencement of a s. 742.6 breach proceeding, in many respects, is assimilated to the laying of a new charge against the offender. Indeed, from the offender's viewpoint, the effect is much the same.

[18] Parliament, however, intended that allegations of non-compliance be dealt in a simpler and more expedited fashion under the conditional sentence regime. First, the hearing must be commenced within 30 days, or as soon thereafter as is practicable, after the offender's arrest or the compelling of his appearance: s. 742.6(3). Second, the prosecution of an allegation of a breach of condition is facilitated in four significant respects: (1) by allowing for documentary proof of the alleged breach of condition: s. 742.6(4); (2) by imposing a leave requirement on the right to cross-examination: s. 742.6(8); (3) by placing on the offender the persuasive burden of proving any reasonable excuse for non-compliance: s. 742.6(9); and (4) by lowering the ultimate standard of proof of a breach to a balance of probabilities: s. 742.6(9).

[19] In order to appreciate how these provisions facilitate the process, it is helpful to consider what evidentiary rules would apply if Parliament had simply been silent on these matters. Again here, a comparison to the prosecution of a non-compliant offender for breach of probation is instructive. Since breach of probation constitutes a distinct offence, the laying and prosecution of the charge proceed in the usual way. The hearing judge has the authority, upon finding the offender guilty of breach of probation (or of any other offence), to revoke the suspended sentence and impose any sentence that could have been imposed if the passing of sentence had not been suspended (s. 732.2(5)(*d*)). However, the *Criminal Code* is silent with respect to applicable evidentiary rules. This is not unusual.

provisoire en cas de manquement à une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, et je ne compte pas examiner la portée ni l'application particulière de ces dispositions. Toutefois, je tiens à souligner que, du point de vue procédural, le déclenchement de l'instance sur le prétendu manquement en application de l'art. 742.6 est assimilé, à maints égards, au dépôt d'une nouvelle accusation contre le délinquant. D'ailleurs, il a essentiellement le même effet pour le délinquant.

[18] Pourtant, le législateur voulait que la procédure applicable aux allégations de manquement à une ordonnance soit plus simple et plus expéditive dans le cas du sursis à l'emprisonnement. Premièrement, l'audience doit commencer dans les trente jours suivant soit l'arrestation du délinquant, soit le fait de l'obliger à comparaître, ou dans les plus brefs délais par la suite : par. 742.6(3). Deuxièmement, quatre éléments importants simplifient le déroulement de l'instance relative à un prétendu manquement : (1) le prétendu manquement est établi sur le fondement d'une preuve documentaire : par. 742.6(4); (2) le contre-interrogatoire doit être autorisé par le tribunal : par. 742.6(8); (3) le délinquant a le fardeau de convaincre le tribunal qu'il avait une excuse raisonnable d'enfreindre l'ordonnance : par. 742.6(9); (4) la norme de preuve qui s'applique au prétendu manquement est la norme moins élevée de la preuve prépondérante : par. 742.6(9).

[19] Pour bien comprendre comment ces dispositions législatives simplifient le processus, il est utile de passer en revue les règles de preuve qui s'appliqueraient en leur absence. Cette fois encore, la comparaison avec la poursuite pour défaut de se conformer à une ordonnance de probation peut nous éclairer. Comme ce défaut constitue une infraction distincte, le dépôt de l'accusation et la poursuite sont régis par les règles habituelles. S'il reconnaît le délinquant coupable de manquement à son ordonnance de probation (ou de toute autre infraction), le juge du procès peut révoquer l'ordonnance et infliger toute peine qui aurait pu être infligée si le prononcé de la peine n'avait pas été suspendu (al. 732.2(5)*d*)). Le *Code criminel* ne précise toutefois pas les règles de preuve applicables,

In the absence of any applicable statutory provision, hearings are simply conducted in accordance with the common law rules of evidence applicable in all criminal courts. In order to prove an alleged breach of probation, the Crown must adduce admissible evidence and prove the allegation beyond a reasonable doubt. Evidence adduced by the Crown must comply with common law evidentiary rules, including the hearsay exclusionary rule. As in other proceedings, evidence is usually presented in the form of *viva voce* testimony, and the accused has the right to cross-examine the witnesses. It is against this basic evidentiary backdrop that the provisions in question in this appeal must be considered, because it is these rules that would apply had Parliament not provided otherwise in respect of an allegation of a breach of conditional sentence order.

[20] The sole issue here concerns the nature of the documentary proof required under s. 742.6(4). I repeat the provision here for convenience:

(4) An allegation of a breach of condition must be supported by a written report of the supervisor, which report must include, where appropriate, signed statements of witnesses.

(4) Le prétendu manquement est établi sur le fondement du rapport écrit de l'agent de surveillance, où figurent, le cas échéant, les déclarations signées des témoins.

[21] As stated earlier, the Crown contends that the supervisor's report, whatever its contents, is admissible so long as the notice and service requirements set out in s. 742.6(5) have been complied with. According to the Crown, whether or not to include signed statements of witnesses is left entirely to the discretion of the supervisor or the prosecutor. I do not accept this argument. It ignores the mandatory language of s. 742.6(4). Parliament's intent that the inclusion of signed statements of witnesses be mandatory in certain circumstances is manifest by its choice of the word "must" in the English version and the expression "*le cas échéant*" in the French

ce qui n'est pas inhabituel. En l'absence de dispositions législatives particulières, les audiences sont simplement tenues en conformité avec les règles de preuve de la common law applicables en matière pénale. Dans le cas du défaut de se conformer à une ordonnance de probation, le ministère public doit prouver le manquement hors de tout doute raisonnable au moyen d'éléments de preuve admissibles. La preuve produite par le ministère public doit être conforme aux règles de preuve de la common law et, notamment, à la règle d'exclusion du ouï-dire. Comme dans d'autres instances, la preuve est généralement présentée sous forme de témoignages de vive voix et l'accusé a le droit de contre-interroger les témoins. Ces règles de preuve fondamentales doivent servir de toile de fond à l'examen des dispositions en cause en l'espèce, puisque ce sont ces règles qui s'appliqueraient si le législateur n'avait pas prescrit de règles différentes relativement au prétendu manquement à une ordonnance de sursis à l'emprisonnement.

[20] Seule la nature de la preuve documentaire exigée par le par. 742.6(4) est en cause en l'espèce. Je reproduis la disposition applicable pour des raisons de commodité :

(4) Le prétendu manquement est établi sur le fondement du rapport écrit de l'agent de surveillance, où figurent, le cas échéant, les déclarations signées des témoins.

(4) An allegation of a breach of condition must be supported by a written report of the supervisor, which report must include, where appropriate, signed statements of witnesses.

[21] J'ai déjà mentionné que, selon la thèse du ministère public, le rapport de l'agent de surveillance, peu importe sa teneur, est admissible en preuve s'il a été satisfait aux exigences en matière de préavis et de signification énoncées au par. 742.6(5). De l'avis du ministère public, la décision d'inclure ou non les déclarations signées des témoins est laissée à l'entière discrétion de l'agent de surveillance ou du poursuivant. Je rejette cet argument. Il fait abstraction du libellé impératif du par. 742.6(4). Le législateur a clairement exprimé sa volonté de rendre l'inclusion des déclarations signées des témoins obligatoire dans certaines circonstances en

version. The Crown's argument also fails to consider the usual evidentiary rules against which the statutory provision was enacted. In other words, in interpreting the meaning of s. 742.6(4), one must ask to what extent did Parliament intend to depart from the ordinary rules of evidence that would otherwise apply?

[22] If the Crown is correct in saying that the supervisor's report is admissible, however formulated, the supervisor alone could in all cases provide admissible evidence regarding the breach. This would be so regardless of whether he or she had any direct knowledge of the material facts alleged to constitute the breach. If Parliament had so intended, there would have been no need to make reference to signed statements of witnesses at all, let alone provide that they "must" be included "where appropriate". The approach advocated by the Crown would also constitute a significant departure from the rules of evidence that ordinarily circumscribe the scope of a witness's admissible testimony. In the context of this case for example, this would mean that the supervisor himself, from the viewpoint of his desk, would be permitted to provide evidence that Ms. McIvor was out beyond her curfew, in the company of her co-accused Dean Pelley, and in possession of stolen goods, including documents in a name other than her own. I find it of interest to note that even proof of service of the report requires a more demanding standard than that proposed by the Crown for proof of the breach itself. Under s. 742.6(6), service of the report may be proven by oral evidence under oath, or an affidavit or solemn declaration, by "the person claiming to have served it".

[23] In my view, the meaning of s. 742.6(4) is plain when considered against the default evidentiary rules I have earlier described. As I stated in my earlier remarks, subject to leave being granted requiring the attendance of any of the witnesses, the legislative scheme simply allows the Crown to prove the breach by adducing in documentary

choisissant d'utiliser l'expression « le cas échéant » dans la version française et le mot « *must* » dans la version anglaise. Cet argument ne tient pas compte non plus des règles de preuve ordinaires qui s'appliqueraient n'eût été cette disposition législative. En d'autres termes, pour interpréter le par. 742.6(4), il faut se demander dans quelle mesure le législateur comptait s'écarter des règles de preuve ordinaires qui s'appliqueraient autrement.

[22] Si le ministère public avait raison d'affirmer que le rapport de l'agent de surveillance est admissible en preuve, peu importe sa formulation, l'agent de surveillance pourrait à lui seul fournir la preuve admissible du manquement dans tous les cas. Il en serait ainsi que l'agent ait ou non une connaissance directe des faits substantiels qui constituent le prétendu manquement. Si telle avait été sa volonté, le législateur n'aurait pas eu besoin de mentionner les déclarations signées des témoins, et encore moins de préciser qu'elles « figurent » dans le rapport « le cas échéant ». L'interprétation plaidée par le ministère public s'écarte également considérablement des règles de preuve qui définissent normalement la portée d'un témoignage admissible. Par exemple, dans le contexte du présent pourvoi, l'agent de surveillance serait autorisé à fournir lui-même, à partir de son bureau, la preuve que M^me^ McIvor n'a pas respecté son couvre-feu, se trouvait avec son coaccusé, Dean Pelley, et était en possession de biens volés, y compris de documents appartenant à des tiers. Je tiens à souligner que même la norme de preuve applicable à la signification du rapport est plus élevée que la norme de preuve proposée par le ministère public relativement au manquement proprement dit. En effet, le par. 742.6(6) dispose que la signification du rapport peut être prouvée par témoignage sous serment, par affidavit ou par déclaration solennelle de « la personne qui a effectué la signification ».

[23] Selon moi, le sens du par. 742.6(4) est clair, lorsqu'on l'examine en regard des règles de preuve applicables par défaut décrites précédemment. Comme je l'ai déjà mentionné, sauf lorsque l'autorisation de faire comparaître un témoin est accordée, ce régime législatif permet simplement au ministère public d'établir le manquement en

form the evidence it would otherwise have been required to present in the usual way by *viva voce* evidence. As such, it is an enabling provision. Of course, documentary evidence admissible under some other statutory authority, such as s. 30 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, continues to be admissible. (I note in this respect that Constable Douglas's report would not be admissible under this latter provision because s. 30(10)(*a*)(i) expressly excepts "a record made in the course of an investigation" from its application.)

[24] In essence, I am in substantial agreement with the analysis of the majority in the Court of Appeal below. However, I would not circumscribe the contents of the documents that may be introduced under s. 742.6(4) in terms of "firsthand knowledge" as the majority have ruled (para. 38). Under the usual common law evidentiary rules, a witness's testimony is not necessarily restricted to personal observations. The contents of the supervisor's report and of any witness statement should likewise be defined in terms of what the author of the report or the statement could testify to if called to give *viva voce* testimony. Indeed, the supervisor or witness may well end up before the court if leave is granted under s. 742.6(8) requiring their attendance for cross-examination. The contents of the documents adduced under s. 742.6(4) and (5) should mirror what their testimony would be.

[25] In some cases, the supervisor will be in a position to provide all of the information necessary to prove the allegation of breach. For example, this would be the case if the alleged breach consisted of a failure to report to the supervisor, or a refusal to attend for counselling as directed. In the present case, the supervisor could attest to the fact that he had "read the CSO to Jill McIvor, explained the conditions and the consequences of failure to comply by those conditions". He could also attest, as stated in his report, that he had never given "Ms. McIvor written permission to be out beyond her curfew or

présentant, sous forme documentaire, les éléments de preuve qu'il aurait dû normalement présenter au moyen de témoignages de vive voix. Il s'agit donc d'une disposition habilitante. Il va sans dire que la preuve documentaire admissible en application d'une autre disposition législative, comme l'art. 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, demeure admissible. (À cet égard, je souligne que le rapport rédigé par l'agent Douglas ne serait pas recevable au titre de cette dernière disposition, parce que le sous-al. 30(10)*a*)(i) exclut expressément de son champ d'application toute « pièce établie au cours d'une investigation ».)

[24] Je souscris pour l'essentiel à l'analyse effectuée par les juges majoritaires de la Cour d'appel. Toutefois, contrairement à eux (par. 38), je ne limiterais pas aux seuls renseignements dont les auteurs ont une [TRADUCTION] « connaissance personnelle » la teneur des documents admissibles au titre du par. 742.6(4). Suivant les règles de preuve ordinaires de la common law, la déposition d'un témoin ne se limite pas nécessairement à ses observations personnelles. Les renseignements figurant dans le rapport de l'agent de surveillance et dans les déclarations des témoins devraient donc correspondre aux renseignements que leur auteur pourrait fournir s'il était appelé à témoigner de vive voix. En effet, il est tout à fait possible que l'agent de surveillance ou les témoins comparaissent pour fin de contre-interrogatoire si le tribunal accorde l'autorisation prévue au par. 742.6(8). Le contenu des documents déposés en application des par. 742.6(4) et (5) devrait être à l'image du témoignage qu'ils rendraient de vive voix.

[25] Dans certains cas, l'agent de surveillance sera en mesure de fournir tous les renseignements nécessaires pour établir le prétendu manquement. Il en sera ainsi, par exemple, lorsque le délinquant omet de se présenter à l'agent de surveillance ou n'obtempère pas à l'ordre de suivre un programme de counseling. Dans le cas qui nous occupe, l'agent de surveillance pouvait attester [TRADUCTION] « avoir lu l'ordonnance de sursis à Jill McIvor et lui avoir expliqué les conditions et les conséquences de leur inobservation ». Il pouvait également confirmer, comme le mentionne son rapport, n'avoir

to be in the company of Dean Pelley". However, the supervisor could not have provided admissible testimony about any of the facts alleged to constitute the breaches of the conditional sentence order if called upon to testify. Constable Paul Douglas was in no better position. To the extent that the supervisor's report exceeded those boundaries, it was inadmissible as proof of breach. Given the nature of the allegations, it became "appropriate" and necessary to include "signed statements of witnesses" from those persons who could provide information about the material facts.

[26] I stated earlier that the contents of the supervisor's report or of any witness statement need not be confined to firsthand knowledge where the information would be otherwise admissible if offered *viva voce*. For example, the report may include a summary of evidence expected to be non-contentious, even if the supervisor could not personally give that evidence. Since a copy of the report must be served on the offender, any question concerning the admissibility of this evidence can be resolved between the parties by agreement. If no agreement can be reached, a signed witness statement may be sought where appropriate. In addition, in the context of this expedited proceeding, the supervisor may well include in his report relevant information about the offender to assist the court in determining an appropriate sanction in the event that the court finds that the offender breached a condition of the conditional sentence order. Similarly, the signed report of an investigating police officer may be included even if it is not grounded in the personal knowledge of the officer where it provides relevant context concerning the material facts. For example, the police report may well disclose some circumstance that would call into question the reliability of a witness's statement. The evidence would be admissible, in the same way as the police officer's testimony would be, for that limited purpose.

jamais donné à « M^me^ McIvor l'autorisation écrite de se trouver à l'extérieur de son domicile après son couvre-feu ou en présence de Dean Pelley ». Toutefois, si l'agent de surveillance avait été appelé à témoigner, il n'aurait pas pu fournir un témoignage admissible quant aux faits constitutifs des prétendus manquements à l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement. L'agent Paul Douglas n'aurait pas été davantage en mesure de le faire. Dans la mesure où le rapport de l'agent de surveillance outrepassait ces limites, il n'était pas admissible comme preuve du manquement. Étant donné la nature des prétendus manquements, il était nécessaire et approprié de faire figurer dans le rapport les « déclarations signées des témoins » pouvant fournir des renseignements au sujet des faits substantiels en cause.

[26] Plus tôt, j'ai dit que le contenu du rapport de l'agent de surveillance ou des déclarations des témoins ne doit pas être restreint aux seuls faits dont leur auteur a une connaissance personnelle, mais peut inclure les renseignements qui seraient admissibles s'ils témoignaient de vive voix. Par exemple, le rapport peut contenir un résumé de la preuve dont on s'attend qu'elle fasse consensus, même si l'agent de surveillance ne pourrait pas la fournir personnellement. Comme une copie du rapport doit être signifiée au délinquant, les parties peuvent régler par simple entente toute question concernant l'admissibilité de cette preuve. Si les parties ne réussissent pas à s'entendre, une déclaration signée d'un témoin peut être obtenue, le cas échéant. En outre, dans le cadre de cette procédure expéditive, l'agent de surveillance pourrait très bien faire état, dans son rapport, de renseignements pertinents concernant le délinquant, pour aider le tribunal à déterminer quelle peine lui infliger dans l'éventualité où le manquement serait établi. De même, le rapport signé d'un enquêteur de police pourrait figurer dans le rapport de l'agent de surveillance, même si l'enquêteur n'a pas une connaissance personnelle des faits, dans la mesure où il fournit des renseignements contextuels pertinents concernant les faits substantiels. Le rapport de police pourrait, par exemple, faire état de circonstances qui remettent en question la fiabilité de la déclaration d'un témoin. Cette preuve serait admissible, au même titre que le serait le témoignage du policier, à cette fin limitée.

[27] In my view, Parliament sought to achieve a proper balance between the need for an efficient process and the requirements of procedural fairness. By allowing the prosecution to present all of its evidence in documentary form, it is not necessary to routinely marshall witnesses before the court in every case. The hearing may proceed in a simpler and more expedited fashion. On the other hand, the requirement that signed statements of witnesses be included assures a minimum level of reliability. Personal authentication of the material facts alleged to constitute a breach is important. It is one thing to have the actual witnesses attesting to the material facts by apposing their signature, and quite another for a police officer to repeat information received from witnesses, or a supervisor to relate it third hand. This brings me to say a few words about the leave requirement under s. 742.6(8). I reproduce it here for convenience:

(8) The offender may, with leave of the court, require the attendance, for cross-examination, of the supervisor or of any witness whose signed statement is included in the report.

[28] I note firstly that the leave provision expressly targets witnesses "whose signed statement is included in the report". As noted by the majority in the Court of Appeal, this lends further support to the argument that the documentary evidence on a breach hearing must be provided by persons who would be in a position to provide the same information by way of admissible *viva voce* evidence. On this point, the dissenting judge was wrong in asserting that there was no unfairness because Ms. McIvor could seek leave to cross-examine any of the witnesses named in the police report without regard to the wording of s. 742.6(8).

[29] While the judge's discretion under s. 742.6(8) is not in issue in this appeal, I find it important to note that this provision must not be interpreted in a manner that defeats the legislative scheme put in

[27] À mon avis, le législateur cherchait le juste équilibre entre la nécessité de mettre en place une procédure efficace et celle de satisfaire aux exigences de l'équité procédurale. Permettre à la poursuite de présenter l'ensemble de sa preuve sous forme documentaire élimine la nécessité de faire défiler les témoins devant le tribunal dans tous les cas. L'audience peut se dérouler de manière plus simple et plus expéditive. Par ailleurs, le fait d'exiger que les déclarations signées des témoins figurent dans le rapport assure un niveau de fiabilité minimal. Il est important que les faits qui constituent le prétendu manquement soient attestés par un témoin qui en a une connaissance personnelle. C'est une chose d'exiger que les témoins signent leurs déclarations pour attester les faits substantiels, c'en est une tout autre de permettre à un policier de répéter les renseignements qu'il a recueillis des témoins ou à un agent de surveillance de relater des faits qu'il tient de troisième main. Ces propos m'amènent à commenter brièvement l'autorisation exigée au par. 742.6(8). Je reproduis cette disposition pour des raisons de commodité :

(8) Le délinquant peut, avec l'autorisation du tribunal, exiger la comparution, pour fin de contre-interrogatoire, de l'agent de surveillance ou de tout témoin dont la déclaration signée figure au rapport.

[28] Soulignons d'abord que cette disposition cible expressément les témoins « dont la déclaration signée figure au rapport ». Comme l'ont souligné les juges majoritaires de la Cour d'appel, elle étaye davantage l'argument voulant que la preuve documentaire relative à un manquement doive être présentée par les personnes susceptibles de fournir ces mêmes renseignements de vive voix à l'audience et dont le témoignage serait jugé admissible. À cet égard, le juge dissident a eu tort d'affirmer, sans tenir compte du libellé du par. 742.6(8), qu'il n'y avait pas eu atteinte à l'équité parce que M^me^ McIvor pouvait demander au tribunal l'autorisation de contre-interroger tous les témoins nommés dans le rapport de police.

[29] Bien que le pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le par. 742.6(8) ne soit pas en cause dans le pourvoi, j'estime important de souligner que cette disposition ne doit pas recevoir une interprétation

place by Parliament. If, for example, leave were to be granted routinely upon request, thereby requiring the attendance of the supervisor and witnesses in all cases, Parliament's intent to streamline the conditional sentence breach process would be defeated. The hearing judge performs an important gate-keeping function, limiting cross-examination to those situations in which it is appropriate in the interests of fairness. The offender bears the burden of showing that cross-examination may serve a useful purpose.

[30] In light of my conclusion on the requirements of s. 742.6(4), it is not necessary to decide whether the typewritten name of the police officer constitutes a signature within the meaning of that provision. I would simply note that, whenever the issue arises, the question should be determined contextually, having particular regard to the importance of personal authentication and, in a flexible manner, allowing for ever-changing technological tools.

4. Disposition

[31] I conclude that the hearing judge had no admissible evidence before him upon which to base his finding that Ms. McIvor had breached her conditional sentence order. He therefore erred in terminating the conditional sentence order. Accordingly, I would dismiss the appeal, but as Ms. McIvor has now fully served her sentence, I would make no further order.

Appeal dismissed.

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

Solicitor for the respondent: Donald J. McKay Law Corporation, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

qui fasse échec au régime établi par le législateur. Par exemple, le fait d'accorder systématiquement l'autorisation demandée — de sorte que l'agent de surveillance et les témoins comparaîtraient dans tous les cas — contrecarrerait la volonté du législateur de simplifier les audiences sur les prétendus manquements aux ordonnances de sursis à l'emprisonnement. Le juge exerce une importante fonction de sentinelle, limitant les contre-interrogatoires aux situations où l'équité l'exige. Il incombe au délinquant de démontrer que le contre-interrogatoire serait utile.

[30] Étant donné ma conclusion au sujet des exigences établies par le par. 742.6(4), il n'est pas nécessaire de décider si le nom dactylographié du policier constitue une signature au sens de cette disposition. Je soulignerais tout simplement que, lorsque cette question se pose, il convient d'y répondre, d'une part, en tenant compte du contexte, et notamment de l'importance de l'attestation personnelle, et, d'autre part, en faisant preuve de la souplesse nécessaire pour permettre le recours à la technologie en constante évolution.

4. Dispositif

[31] Je conclus que le juge qui a présidé l'audience ne disposait d'aucun élément de preuve admissible lui permettant de conclure que M^me^ McIvor avait enfreint les conditions de son ordonnance de sursis à l'emprisonnement. Il a donc commis une erreur en mettant fin à l'ordonnance. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, mais je ne rendrais aucune autre ordonnance, puisque M^me^ McIvor a déjà purgé l'intégralité de sa peine.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intimée : Donald J. McKay Law Corporation, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Trial Lawyers Association of British Columbia: Rubin Howard Law Corporation, North Vancouver.

Procureur de l'intervenante Trial Lawyers Association of British Columbia : Rubin Howard Law Corporation, North Vancouver.

Tele-Mobile Company (a.k.a. Telus Mobility) *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen (Ontario) and Her Majesty The Queen (Canada) *Respondents*

and

Attorney General of Quebec, Attorney General of British Columbia, Canadian Association of Chiefs of Police and Canadian Bankers Association *Interveners*

INDEXED AS: TELE-MOBILE CO. *v.* ONTARIO

Neutral citation: 2008 SCC 12.

File No.: 31644.

2007: December 13; 2008: March 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF JUSTICE FOR ONTARIO

Criminal law — Production orders — Exemption from compliance — Production orders issued to compel third party to provide police with call records related to separate criminal investigations — Third party arguing compliance without compensation unreasonable — Whether judge can make compensation term or condition of production order — Whether financial costs of compliance with production order unreasonable — Whether exemption should be granted — Meaning of "unreasonable" in Criminal Code's exemption provision — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487.012, 487.015(4).

Amendments to the *Criminal Code* in 2004 introduced a new investigative tool for law enforcement agencies: a production order that would compel third parties to produce documents or data for use in criminal

Société Télé-Mobile (aussi connue sous le nom Telus Mobilité) *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine (Ontario) et Sa Majesté la Reine (Canada) *Intimées*

et

Procureur général du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique, Association canadienne des chefs de police et Association des banquiers canadiens *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ TÉLÉ-MOBILE *c.* ONTARIO

Référence neutre : 2008 CSC 12.

N° du greffe : 31644.

2007 : 13 décembre; 2008 : 28 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR DE JUSTICE DE L'ONTARIO

Droit criminel — Ordonnance de communication — Exemption de l'obligation — Ordonnances de communication obtenues pour contraindre un tiers à communiquer à la police des relevés d'appels pour les besoins d'enquêtes criminelles distinctes — Allégation du tiers selon laquelle il est déraisonnable de l'obliger à obtempérer sans l'indemniser — L'indemnisation du tiers fait-elle partie des conditions dont le juge peut assortir l'ordonnance de communication? — Le coût financier de l'obtempération à l'ordonnance de communication est-il déraisonnable? — L'exemption devrait-elle être accordée? — Signification du mot « déraisonnable » employé dans la disposition du Code criminel relative à l'exemption — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.012, 487.015(4).

En 2004, le *Code criminel* a été modifié pour mettre un nouveau moyen d'enquête à la disposition des organismes d'application de la loi, à savoir une ordonnance obligeant un tiers à communiquer des documents ou

investigations. Two production orders required Telus to produce call data records. Telus applied for exemptions from the orders on the grounds that the burden of compliance would be unreasonable without compensation due to the cost of retrieving the archived data. The Ontario Court of Justice dismissed the application for exemptions. Telus appealed directly to the Supreme Court, pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, arguing that the broad wording in s. 487.012(4) of the *Criminal Code* permitting a judge to add terms and conditions, allowed for the inclusion of a condition of the production order directing payment of reasonable costs of compliance.

Held: The appeal should be dismissed.

The production order scheme in the *Criminal Code* does not permit a judge to order compensation for compliance with such orders. This interpretation is based on the language of the relevant provisions, the legislative history, the *ex parte* procedural mechanisms set out in the legislation, and the principle that compensation is not ordinarily recoverable in criminal matters. A judge can only consider the financial aspect of compliance with a production order when deciding whether or not an exemption order should be made on the basis that the financial burden associated with compliance is unreasonable. [59]

The outcome of this case depended on the statutory interpretation of the production order scheme. The legislative history was significant in discerning the legislator's intention with respect to compliance. That history shows that the question of whether compensation should be paid to telecommunication service providers for the costs of compliance with court orders was part of an ongoing dialogue with those providers, including Telus. Telus and other affected businesses and organizations consistently urged the government to include express language providing for compensation. Parliament introduced no such language. This reflects an intention that compensation not be paid for compliance with production orders. [29-31] [42-43]

The procedural scheme chosen by Parliament also supports this interpretation. The *ex parte* procedure for obtaining a production order or having an order revoked, renewed or varied is not amenable to determining whether compensation should be a term of the order. Determination of compensation would require information only obtainable by giving notice and

des données pour les besoins d'une enquête criminelle. Deux ordonnances de communication enjoignaient à Telus de communiquer des données d'appels. Telus a demandé une exemption pour chacune des ordonnances, alléguant que sans indemnisation, l'obtempération à celles-ci et la récupération des données archivées lui imposaient un fardeau financier déraisonnable. La Cour de justice de l'Ontario a rejeté la demande d'exemptions. Telus a interjeté appel directement devant la Cour suprême en application du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Elle soutient que la formulation générale employée au par. 487.012(4) du *Code criminel* et suivant laquelle le juge peut assortir l'ordonnance de communication des conditions qu'il estime indiquées l'autorisait à y prévoir le paiement des frais raisonnables d'obtempération.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les dispositions du *Code criminel* relatives à l'ordonnance de communication n'autorisent pas le juge à ordonner l'indemnisation de la personne qui obtempère à une telle ordonnance. Cette interprétation s'appuie sur le texte des dispositions en cause, l'historique législatif, la procédure *ex parte* établie dans la loi et le principe selon lequel il n'y a habituellement pas d'indemnisation en matière criminelle. Le juge ne peut se pencher sur l'incidence financière de l'ordonnance de communication que lorsqu'il est appelé à décider s'il y a lieu d'accorder une exemption en raison du caractère déraisonnable des frais d'obtempération. [59]

L'issue du pourvoi tient à l'interprétation des dispositions législatives pertinentes. L'historique législatif importe pour déterminer l'intention du législateur concernant l'indemnisation de la personne visée par une ordonnance de communication. Il en appert que la question de l'indemnisation des frais occasionnés par le respect d'ordonnances judiciaires a fait l'objet d'un dialogue constant avec les fournisseurs de services de télécommunications, y compris Telus. Les entreprises et organisations intéressées, dont Telus, ont toujours exhorté le gouvernement à faire en sorte que la loi prévoie expressément l'indemnisation. Le législateur n'a pas acquiescé à leur demande, ce qui traduit l'intention qu'il n'y ait pas d'indemnisation pour le respect d'une ordonnance de communication. [29-31] [42-43]

La procédure retenue par le législateur milite également en faveur de cette interprétation. Le mécanisme *ex parte* permettant d'obtenir une ordonnance de communication, sa révocation, son renouvellement ou sa modification ne se prête pas à l'examen de la question de savoir si l'ordonnance devrait prévoir une indemnisation. Pour se prononcer à ce sujet, le juge aurait besoin

allowing the subject of the production order to call evidence. Parliament could have provided for a process for notice and standing to third parties, as it has done in other *Criminal Code* provisions, but it did not. [43] [44] [47] [49]

Parliament acknowledges, in s. 487.015(4)(*b*) of the *Criminal Code*, the potentially unreasonable burden that production orders could impose by providing for an exemption from such orders, rather than compensation for compliance with them. The standard of unreasonableness in s. 487.015(4)(*b*) is familiar in law and there is no need to further define it. In essence, the financial consequences must be so burdensome that it would be unreasonable in the circumstances to expect compliance. Reasonableness will be informed by a variety of factors, including the breadth of the order being sought, the size and economic viability of the object of the order, and the extent of the order's financial impact on the party from whom production is sought. Where the party is a repeated target of production orders, the cumulative impact of multiple orders may also be relevant. [63] [66-67]

Based on the evidence, Telus had not established in this case that the cost of compliance with the production orders was unreasonable. [69]

Cases Cited

Referred to: *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Canada (Attorney General) v. Pacific International Securities Inc.* (2005), 209 C.C.C. (3d) 390, 2006 BCCA 303; *Canada (Attorney General) v. Foster* (2006), 215 C.C.C. (3d) 59; *U.S. v. Jones*, 351 F. Supp. 132 (1972); *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4.

Statutes and Regulations Cited

Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 11, 12, 30.11.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 83.28, 462.32(6), 462.33(7), 487.01, 487.012 to 487.017 [ad. 2004, c. 3, s. 7], 487.015(4)(*b*), 487.02, 708, 809, 839.
Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 107.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231 to 239.

de renseignements qui ne pourraient être obtenus qu'en donnant avis de la demande à l'intéressé et en lui permettant de présenter des éléments de preuve. Comme il le fait dans d'autres dispositions du *Code criminel*, le législateur aurait pu reconnaître au tiers le droit à un avis et la qualité pour agir, mais il s'en est abstenu. [43] [44] [47] [49]

C'est en prévoyant une exemption de l'obligation faite par l'ordonnance de communication, et non une ordonnance d'indemnisation pour le respect de celle-ci, que le législateur reconnaît à l'al. 487.015(4)*b*) du *Code criminel* que l'ordonnance de communication peut imposer un fardeau déraisonnable. La notion de raisonnabilité est courante en droit et n'a pas besoin d'être définie davantage. Essentiellement, les conséquences financières doivent être importantes au point de rendre l'obligation déraisonnable dans les circonstances. Le caractère raisonnable dépend de divers éléments, dont la portée de l'ordonnance demandée, la taille et la situation financière de la personne visée et l'ampleur des conséquences financières de la communication pour cette même personne. Lorsque la personne visée fait fréquemment l'objet d'ordonnances de communication, l'effet cumulatif de celles-ci peut aussi être considéré. [63] [66-67]

Au vu de la preuve offerte en l'espèce, Telus n'a pas démontré le caractère déraisonnable du coût d'obtempération aux ordonnances de communication. [69]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Canada (Attorney General) c. Pacific International Securities Inc.* (2005), 209 C.C.C. (3d) 390, 2006 BCCA 303; *Canada (Attorney General) c. Foster* (2006), 215 C.C.C. (3d) 59; *U.S. c. Jones*, 351 F. Supp. 132 (1972); *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28, 462.32(6), 462.33(7), 487.01, 487.012 à 487.017 [aj. 2004, ch. 3, art. 7], 487.015(4)*b*), 487.02, 708, 809, 839.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 231 à 239.

Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act, R.S.C. 1985, c. 30 (4th Supp.).
Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 144.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38.

Authors Cited

Canada. Department of Justice. Discussion Paper. *Lawful Access: Operational Fees*, December 12, 2003.
Canada. Department of Justice. News Release, "Lawful Access Consultation Submission Summary Report Available on Department of Justice Website", August 6, 2003 (online: http://www.canada.justice.gc.ca/eng/news-nouv/nr-cp/2003/doc_30958.html).
Canada. Department of Justice. *Summary of Submissions to the Lawful Access Consultation*, prepared by Nevis Consulting Group Inc., gen. ed., April 28, 2003 (online: http://www.canada.justice.gc.ca/eng/cons/la-al/sum-res/sum-res.pdf).
Canada. Department of Justice, Industry Canada, Solicitor General Canada. *Lawful Access — Consultation Document*, August 25, 2002.
Canada. Department of Justice, Industry Canada, Solicitor General Canada. *Lawful Access Consultation: Response of the Canadian Wireless Telecommunications Association*, December 16, 2002.
Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 138, 2nd sess., 37th Parl., September 29, 2003, pp. 7933-34.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Justice (Vaillancourt J.) (2006), 81 O.R. (3d) 745, [2006] O.J. No. 2589 (QL), 2006 CarswellOnt 3896, 2006 ONCJ 229, dismissing an application for exemption from a production order. Appeal dismissed.

Paul Burstein and *Frank Addario*, for the appellant.

Randy Schwartz and *Joseph Perfetto*, for the respondent Her Majesty the Queen (Ontario).

Janet Henchey and *Robert Frater*, for the respondent Her Majesty the Queen (Canada).

Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle, L.R.C. 1985, ch. 30 (4e suppl.).
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 11, 12, 30.11.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1).
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 107.
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38.
Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 144.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, 2e sess., 37e lég., 29 septembre 2003, p. 7933-7934.
Canada. Ministère de la Justice. Document de travail. *Accès légal : coûts opérationnels*, 12 décembre 2003.
Canada. Ministère de la Justice. *Résumé des mémoires présentés dans le cadre de la consultation sur l'accès légal*, préparé par Nevis Consulting Group Inc., dir. de réd., 28 avril 2003 (en ligne : http://www.canada.justice.gc.ca/fra/cons/al-la/res-sum/res-sum.pdf).
Canada. Ministère de la Justice. Communiqué, « Le ministère de la Justice publie sur son site Web le résumé des observations présentées dans le cadre des consultations sur l'accès légal », 6 août 2003 (en ligne : http://www.canada.justice.gc.ca/fra/nouv-news/cp-nr/2003/doc_30958.html).
Canada. Ministère de la Justice, Industrie Canada, Solliciteur général du Canada. *Accès légal — Document de consultation*, 25 août 2002.
Canada. Ministère de la Justice, Industrie Canada, Solliciteur général du Canada. *Lawful Access Consultation : Response of the Canadian Wireless Telecommunications Association*, 16 décembre 2002.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre un jugement de la Cour de justice de l'Ontario (le juge Vaillancourt) (2006), 81 O.R. (3d) 745, [2006] O.J. No. 2589 (QL), 2006 CarswellOnt 3896, 2006 ONCJ 229, qui a rejeté une demande d'exemption de l'obligation découlant d'une ordonnance de communication. Pourvoi rejeté.

Paul Burstein et *Frank Addario*, pour l'appelante.

Randy Schwartz et *Joseph Perfetto*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine (Ontario).

Janet Henchey et *Robert Frater*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine (Canada).

Brigitte Bussières and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Trevor Shaw and *Gordon Comer*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

David Migicovsky and *Margaret R. Truesdale*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Paul J. Martin and *Charles A. Toth*, for the intervener the Canadian Bankers Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — A new investigative tool was introduced to the *Criminal Code* in 2004: the production order. Production orders compel third parties in possession of information relevant to a criminal investigation to produce and generate documents and data for law enforcement agencies. The Tele-Mobile Company ("Telus") argued that requiring it to comply with production orders without compensation was unreasonable.

[2] The issue in this case is whether a judge has the power to make it a term or condition of a production order that the police compensate a third party for expenses incurred in complying with the order. In my view, there is no power to order compensation under the production order scheme. Where the financial costs of compliance are unreasonable, the remedy lies in a full or partial exemption from the production order.

[3] The parties in this case agree that while there may be a number of factors making a production order unreasonable, this appeal is limited to a consideration of the reasonableness of the financial burden of compliance. The burden on Telus was found not to be unreasonable by Vaillancourt J. I agree with his conclusion.

Background

[4] The scheme governing the use of production orders is found in ss. 487.012 to 487.017 of the

Brigitte Bussières et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Trevor Shaw et *Gordon Comer*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

David Migicovsky et *Margaret R. Truesdale*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Paul J. Martin et *Charles A. Toth*, pour l'intervenante l'Association des banquiers canadiens.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — En 2004, un nouveau moyen d'enquête a fait son apparition dans le *Code criminel*. Il s'agit de l'ordonnance de communication. Elle fait obligation au tiers qui possède des renseignements pertinents pour une enquête criminelle de communiquer à un organisme d'application de la loi des documents et des données ou d'en préparer à son intention. La Société Télé-Mobile (« Telus ») soutient qu'il était déraisonnable d'exiger qu'elle donne suite à des ordonnances de communication sans qu'elle soit indemnisée à cet égard.

[2] Notre Cour doit décider si, au nombre des conditions dont peut être assortie l'ordonnance de communication, le juge peut ordonner au service de police d'indemniser le tiers des frais engagés pour donner suite à l'ordonnance. À mon sens, le régime législatif ne l'y autorise pas. Lorsque le coût financier du respect de l'ordonnance est déraisonnable, le recours de l'intéressé réside dans l'obtention d'une exemption totale ou partielle.

[3] Les parties conviennent que même si une ordonnance de communication peut-être déraisonnable pour un certain nombre de raisons, la présente affaire ne porte que sur le fardeau financier imposé à Telus. Le juge Vaillancourt a estimé que celui-ci n'était pas déraisonnable, et je partage son avis.

Contexte

[4] Le régime législatif applicable correspond aux art. 487.012 à 487.017 du *Code criminel*, L.R.C.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46. The relevant provisions (added by S.C. 2004, c. 3, s. 7) state:

487.012 (1) [Production order] A justice or judge may order a person, other than a person under investigation for an offence referred to in paragraph (3)(*a*),

(*a*) to produce documents, or copies of them certified by affidavit to be true copies, or to produce data; or

(*b*) to prepare a document based on documents or data already in existence and produce it.

(2) [Production to peace officer] The order shall require the documents or data to be produced within the time, at the place and in the form specified and given

(*a*) to a peace officer named in the order; or

(*b*) to a public officer named in the order, who has been appointed or designated to administer or enforce a federal or provincial law and whose duties include the enforcement of this or any other Act of Parliament.

(3) [Conditions for issuance of order] Before making an order, the justice or judge must be satisfied, on the basis of an *ex parte* application containing information on oath in writing, that there are reasonable grounds to believe that

(*a*) an offence against this Act or any other Act of Parliament has been or is suspected to have been committed;

(*b*) the documents or data will afford evidence respecting the commission of the offence; and

(*c*) the person who is subject to the order has possession or control of the documents or data.

(4) [Terms and conditions] The order may contain any terms and conditions that the justice or judge considers advisable in the circumstances, including terms and conditions to protect a privileged communication between a lawyer and their client or, in the province of Quebec, between a lawyer or a notary and their client.

(5) [Power to revoke, renew or vary order] The justice or judge who made the order, or a judge of the same territorial division, may revoke, renew or vary the order on an *ex parte* application made by the peace officer or public officer named in the order.

. . .

1985, ch. C-46. Les dispositions en cause (ajoutées par L.C. 2004, ch. 3, art. 7) sont les suivantes :

487.012 (1) [Ordonnance de communication] Sauf si elle fait l'objet d'une enquête relative à l'infraction visée à l'alinéa (3)*a*), un juge de paix ou un juge peut ordonner à une personne :

a) de communiquer des documents — originaux ou copies certifiées conformes par affidavit — ou des données;

b) de préparer un document à partir de documents ou données existants et de le communiquer.

(2) [Communication à un agent de la paix] L'ordonnance précise le moment, le lieu et la forme de la communication ainsi que la personne à qui elle est faite — agent de la paix ou fonctionnaire public nommé ou désigné pour l'application ou l'exécution d'une loi fédérale ou provinciale et chargé notamment de faire observer la présente loi ou toute autre loi fédérale.

(3) [Conditions à remplir] Le juge de paix ou le juge ne rend l'ordonnance que s'il est convaincu, à la suite d'une dénonciation par écrit faite sous serment et présentée *ex parte*, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que les conditions suivantes sont réunies :

a) une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou est présumée avoir été commise;

b) les documents ou données fourniront une preuve touchant la perpétration de l'infraction;

c) les documents ou données sont en la possession de la personne en cause ou à sa disposition.

(4) [Conditions] L'ordonnance peut être assortie des conditions que le juge de paix ou le juge estime indiquées, notamment pour protéger les communications privilégiées entre l'avocat — et, dans la province de Québec, le notaire — et son client.

(5) [Modification, renouvellement et révocation] Le juge de paix ou le juge qui a rendu l'ordonnance — ou un juge de la même circonscription territoriale — peut, sur demande présentée *ex parte* par l'agent de la paix ou le fonctionnaire public nommé dans l'ordonnance, la modifier, la renouveler ou la révoquer.

. . .

487.014 (1) [Power of peace officer] For greater certainty, no production order is necessary for a peace officer or public officer enforcing or administering this or any other Act of Parliament to ask a person to voluntarily provide to the officer documents, data or information that the person is not prohibited by law from disclosing.

(2) [Application of section 25] A person who provides documents, data or information in the circumstances referred to in subsection (1) is deemed to be authorized to do so for the purposes of section 25.

487.015 (1) [Application for exemption] A person named in an order made under section 487.012 and a financial institution, person or entity named in an order made under section 487.013 may, before the order expires, apply in writing to the judge who issued the order, or a judge of the same territorial division as the judge or justice who issued the order, for an exemption from the requirement to produce any document, data or information referred to in the order.

(2) [Notice] A person, financial institution or entity may only make an application under subsection (1) if they give notice of their intention to do so to the peace officer or public officer named in the order, within 30 days after it is made.

(3) [Order suspended] The execution of a production order is suspended in respect of any document, data or information referred to in the application for exemption until a final decision is made in respect of the application.

(4) [Exemption] The judge may grant the exemption if satisfied that

(*a*) the document, data or information would disclose information that is privileged or otherwise protected from disclosure by law;

(*b*) it is unreasonable to require the applicant to produce the document, data or information; or

(*c*) the document, data or information is not in the possession or control of the applicant.

487.017 [Offence] A financial institution, person or entity who does not comply with a production order

487.014 (1) [Pouvoir de l'agent de la paix] Il demeure entendu qu'une ordonnance de communication n'est pas nécessaire pour qu'un agent de la paix ou un fonctionnaire public chargé de l'application ou de l'exécution de la présente loi ou de toute autre loi fédérale demande à une personne de lui fournir volontairement des documents, données ou renseignements qu'aucune règle de droit n'interdit à celle-ci de communiquer.

(2) [Application de l'article 25] La personne qui fournit des documents, données ou renseignements dans les circonstances visées au paragraphe (1) est, pour l'application de l'article 25, réputée être autorisée par la loi à le faire.

487.015 (1) [Demande d'exemption] Toute personne visée par l'ordonnance rendue en vertu de l'article 487.012 ou toute institution financière, personne ou entité visée par l'ordonnance rendue en vertu de l'article 487.013 peut, avant l'expiration de l'ordonnance, demander par écrit au juge qui l'a rendue ou à un autre juge de la circonscription territoriale du juge ou du juge de paix qui l'a rendue de l'exempter de l'obligation de communiquer la totalité ou une partie des documents, données ou renseignements demandés.

(2) [Préavis obligatoire] La personne, l'institution financière ou l'entité ne peut présenter une demande en vertu du paragraphe (1) qu'à la condition d'avoir donné, dans les trente jours suivant celui où l'ordonnance est rendue, un préavis de son intention à l'agent de la paix ou au fonctionnaire public nommé dans l'ordonnance.

(3) [Conséquence de la demande d'exemption] L'exécution de l'ordonnance de communication visée par la demande d'exemption est suspendue à l'égard des documents, données ou renseignements mentionnés dans la demande jusqu'à ce qu'une décision définitive ait été rendue sur celle-ci.

(4) [Exemption] Le juge peut accorder l'exemption s'il est convaincu que, selon le cas :

a) la communication révélerait des renseignements protégés par le droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges;

b) il serait déraisonnable d'obliger l'intéressé à communiquer les documents, données ou renseignements;

c) les documents, données ou renseignements ne sont ni en la possession de l'intéressé ni à sa disposition.

487.017 [Infraction] La personne, l'institution financière ou l'entité qui omet de se conformer à une

made under section 487.012 or 487.013 is guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine not exceeding $250,000 or imprisonment for a term not exceeding six months, or to both.

[5] This case arises out of two production orders issued pursuant to s. 487.012 of the *Criminal Code*, requiring Telus to produce call records related to separate criminal investigations. The first was granted to the Toronto Police Service on September 30, 2004, compelling Telus to produce a report outlining the call data records relating to one of its subscribers who was the subject of a murder investigation. The order provided:

WHEREAS IT APPEARS UPON the Information of . . . a Peace Officer;

That there are reasonable grounds to believe that an offence against the *Criminal Code* has been committed, namely

First Degree Murder . . .

AND UPON being satisfied that the requested documents will afford evidence in respect of the commission of the offence.

AND UPON being satisfied that the persons who are the subject of this Order have possession or control of the requested data.

IT IS ORDERED that . . . the Director of Regulatory Affairs and Government Relations or any other person occupying that position in a permanent or acting capacity, of the TELE MOBILE COMPANY, otherwise known as Telus Mobility, produce, based on data already in existence, the documents listed below:

(a) A report setting out all network activity records including dialed numbers for outgoing calls, caller line identification for incoming calls, automatic network registrations if available, and the time, date and duration for each of these network events pertaining to the Telus Mobility wireless telephone service [telephone number] from and including the dates of March 10th, 2004 to March 24th, 2004, and

(b) A report setting out the cell site location and, if available, cell sector information for all network events pertaining to the Telus Mobility wireless

ordonnance rendue en vertu des articles 487.012 ou 487.013 commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de 250 000 $ et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines.

[5] Deux ordonnances de communication fondées sur l'art. 487.012 du *Code criminel* sont à l'origine de la présente affaire. Elles enjoignaient à Telus de communiquer des relevés d'appels pour les besoins de deux enquêtes distinctes. La première, obtenue par le service de police de Toronto le 30 septembre 2004, enjoignait à Telus de communiquer des données d'appels sur un abonné faisant l'objet d'une enquête relative à un meurtre; en voici le texte :

[TRADUCTION]

ATTENDU QU'il appert de la dénonciation de [. . .], agent de la paix,

qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction prévue au *Code criminel* a été commise, à savoir :

Meurtre au premier degré . . .

QUE la Cour est convaincue que les documents demandés fourniront une preuve touchant la perpétration de l'infraction

ET QUE les données demandées sont en la possession des personnes en cause ou à leur disposition,

LA COUR ORDONNE au directeur des affaires réglementaires et des relations avec le gouvernement de la SOCIÉTÉ TÉLÉ-MOBILE, aussi connue sous le nom Telus Mobilité, [. . .] ou à toute autre personne occupant ce poste à titre permanent ou intérimaire, de communiquer les documents suivants préparés à partir de données existantes :

a) un relevé de toute l'activité de réseau, y compris les numéros d'appels sortants composés, l'identification de la ligne appelante pour les appels entrants, les inscriptions de réseau automatique (si possible), ainsi que l'heure, la date et la durée de chacune de ces activités de réseau se rapportant au service de téléphonie cellulaire de Telus Mobilité pour le [numéro de téléphone], du 10 au 24 mars 2004;

b) un rapport précisant l'emplacement de site cellulaire et, si possible, les renseignements sur le secteur de la cellule pour toutes les activités de réseau

telephone service [telephone number] from and including the dates of March 10th, 2004 to March 24th, 2004.

This Production Order is subject to the following terms and conditions:

(a) Within two business days of receiving a copy of this Order, the person named will provide a report to the Officer indicating how long it will take for the documents/data pursuant to this Order to be produced, and

(b) Copies of documents produced pursuant to this Order need not be returned to the person named in this Order.

[6] The second production order was obtained by the Ontario Provincial Police on October 5, 2004, compelling Telus to produce call data records relevant to a drug investigation. Specifically, it required Telus to produce:

A report setting out:

(a) Records of all incoming and outgoing telephone numbers, automatic network registrations (ie. Subscriber information for each outgoing and incoming telephone number), and the time, date, and duration for each event for the period of August 1, 2003 up to and including January 12, 2004 contained in the form of data storage media otherwise known as magnetic tape or tapes containing raw data showing activity records on the Tele-mobile Company wireless network for the following cellular telephone numbers:

. . .

The manner of production of the documents/data will be:

. . .

prepare a document described herein based on documents or data already in existence and produce it. Provide an affidavit attesting that the prepared document was prepared from original documents.

[7] On July 14, 2005, Telus filed two applications under s. 487.015 of the *Criminal Code*, seeking

se rapportant au service de téléphonie cellulaire de Telus Mobilité pour le [numéro de téléphone], du 10 au 24 mars 2004.

La présente ordonnance de communication est assortie des conditions suivantes :

a) au plus tard deux jours ouvrables après avoir reçu copie de l'ordonnance, la personne nommée précise par écrit à l'agent le temps requis pour communiquer les documents et données demandés;

b) les copies des documents communiqués conformément à la présente ordonnance ne devront pas lui être retournées.

[6] Datée du 5 octobre 2004 et obtenue par la Police provinciale de l'Ontario, la seconde ordonnance de communication enjoignait à Telus de communiquer des données d'appels pertinentes pour les besoins d'une enquête sur une affaire de drogue. Elle exigeait plus particulièrement ce qui suit :

[TRADUCTION]

Un document renfermant ce qui suit :

a) Le relevé des numéros de téléphone correspondant à tous les appels entrants et sortants, les inscriptions de réseau automatique (c.-à-d. les renseignements sur l'autre abonné pour chacun de ces appels), ainsi que l'heure, la date et la durée de chacune de ces activités, du 1er août 2003 au 12 janvier 2004, conservés sur support de données, soit une ou plusieurs bandes magnétiques contenant des données brutes sur l'activité du réseau de téléphonie sans fil de la Société Télé-Mobile pour les numéros de téléphone portable suivants :

. . .

Modalités de communication des documents et des données :

. . .

Préparation du document exigé aux présentes à partir de documents ou de données existants. Remise d'un affidavit attestant que le document a été préparé à partir d'originaux.

[7] Le 14 juillet 2005, sur le fondement de l'art. 487.015 du *Code criminel*, Telus a demandé une

exemptions from each of the two production orders on the basis that the financial burden of compliance would be unreasonable without compensation.

[8] Telus had already "archived" the information sought in both production orders, that is, the raw data had been transferred to a magnetic tape and kept offsite. In order to recover the information, the tapes had to be retrieved from the archives, a process described in an affidavit by Telus' Manager of Production Operations:

> The process for the recovery of archived data includes identifying and locating the relevant magnetic tapes, arranging for their transport from an off site location back to our computer processing facilities, mounting the tapes onto a dedicated storage facility, searching the tapes and processing the search results. There are substantial labour and equipment costs engaged by this process.

[9] By the time of the hearing, Telus had complied with both production orders. It had also entered into an agreement with the Toronto Police Service whereby the police would pay Telus "reasonable compensation" for the production of archived data if its exemption application were successful.

[10] The two applications were heard together by Vaillancourt J. in the Ontario Court of Justice ((2006), 81 O.R. (3d) 745, 2006 ONCJ 229). He identified several bases for concluding that the statutory scheme does not allow a court to order that the police compensate a third party for the costs of compliance with production orders. He firstly defined the function of the judge issuing the order as being to "consider the statutory test for the issuance of the order, having regard to the Constitutional rights impacted by the order and the interest of society in the enforcement of its laws, and ultimately to determine if it is reasonable to make the order" (para. 19). In his view, Telus' claim for compensation had nothing to do with these functions.

exemption pour chacune des deux ordonnances de communication, alléguant que sans indemnisation, l'obtempération à celles-ci lui imposait un fardeau financier déraisonnable.

[8] Telus avait déjà « archivé » les renseignements visés par les deux ordonnances, c'est-à-dire que les données brutes avaient été transférées sur bandes magnétiques puis conservées dans un autre lieu. Pour récupérer les données, les bandes devaient être retrouvées dans les archives, un procédé que le directeur des opérations de production de Telus a décrit comme suit dans son affidavit :

> [TRADUCTION] Pour récupérer des données archivées, il faut repérer les bandes, voir à leur acheminement à nos installations de traitement informatique, les monter dans notre installation de stockage spécialisée, les parcourir et traiter les résultats de la recherche, ce qui est coûteux en main-d'œuvre et en matériel.

[9] Lors de l'audition de ses demandes, Telus avait déjà donné suite aux deux ordonnances de communication. Elle avait également conclu avec le service de police de Toronto une entente prévoyant le versement d'une [TRADUCTION] « indemnité raisonnable » en contrepartie de la communication de ses données archivées si sa demande d'exemption était accueillie.

[10] Le juge Vaillancourt de la Cour de Justice de l'Ontario a entendu les deux demandes d'exemption simultanément ((2006), 81 O.R. (3d) 745, 2006 ONCJ 229). Il a invoqué plusieurs motifs pour conclure que les dispositions législatives en cause n'autorisaient pas le tribunal à ordonner au service de police d'indemniser le tiers des frais d'obtempération aux ordonnances de communication. Il a d'abord opiné que le juge saisi de la demande devait [TRADUCTION] « examiner les conditions légales auxquelles l'ordonnance peut être rendue, compte tenu des droits constitutionnels auxquels il est porté atteinte pour l'application des lois dans l'intérêt de la société, puis déterminer s'il était raisonnable de rendre l'ordonnance » (par. 19). Il a estimé que la demande d'indemnisation de Telus n'avait rien à voir avec cette démarche.

[11] Secondly, Vaillancourt J. emphasized that production orders are obtained in *ex parte* proceedings, proceedings which are not therefore conducive to consideration of the issue of compensation. The police making the application would not have the requisite information to enable a judge to determine whether compensation is appropriate. This led Vaillancourt J. to conclude that the design of the procedure did not make adjudicating claims for compensation feasible. In other contexts, he noted, the *Criminal Code* has provided a framework for third parties to assert their interests. This framework is notably absent in connection with production orders.

[12] Finally, Vaillancourt J. found that the exemption provision in s. 487.015 is unambiguous and limits the court's jurisdiction either to granting or not granting an exemption from a production order. The provision gives no jurisdiction to vary or amend the original production order by adding compensation. It is the availability of an exemption that ensures that no unfairness flows from the fact that an issuing judge does not have the power to make an order respecting compensation.

[13] On an exemption application, Vaillancourt J. noted that an applicant has the onus of satisfying the court, on a balance of probabilities, that one or more of the statutory criteria for exemption applies. The only relevant criterion in this case is found in s. 487.015(4)(*b*), which states that "it is unreasonable to require the applicant to produce the document, data or information". The question then is whether production is "unreasonable" when it is ordered without compensation.

[14] Vaillancourt J. concluded that compliance without compensation, without more, is not itself unreasonable. In his view, citizens and corporations have a duty to assist in the enforcement of the laws of the state. This necessarily requires that reasonable costs be borne. As he stated, "It is only where the costs of providing assistance become overly burdensome that society's interest in the effective enforcement of its laws must yield to the individual

[11] Le juge Vaillancourt a ensuite souligné que la demande d'ordonnance de communication est présentée *ex parte*, de sorte que l'instance n'est pas propice à l'examen de l'opportunité d'une indemnisation, le service de police demandeur ne disposant pas de l'information dont a besoin le juge pour se prononcer sur le bien-fondé d'une telle mesure. Le juge Vaillancourt en a déduit que la procédure n'était pas conçue pour permettre l'examen d'une demande d'indemnisation. Il a fait observer que dans d'autres contextes, le *Code criminel* établissait un cadre permettant aux tiers de faire valoir leurs intérêts, ce qui n'était clairement pas le cas dans le contexte d'une demande d'ordonnance de communication.

[12] Enfin, il a conclu que le libellé de l'art. 487.015 est non équivoque et que le seul pouvoir dont il investit le juge est celui d'accorder ou non l'exemption. Il ne confère pas le pouvoir de modifier l'ordonnance de communication initiale pour y prévoir le versement d'une indemnité. C'est la possibilité d'obtenir une exemption qui fait qu'aucune iniquité ne découle de cette absence de pouvoir d'ordonner une indemnisation.

[13] Le juge Vaillancourt a fait remarquer qu'il appartient au demandeur de convaincre la cour, suivant la prépondérance des probabilités, qu'au moins une des conditions d'octroi de l'exemption est remplie. La seule condition pertinente en l'espèce est qu'« il serait déraisonnable d'obliger l'intéressé à communiquer les documents, données ou renseignements » (al. 487.015(4)*b*)). La question à trancher est donc celle de savoir si l'obligation de communiquer est « déraisonnable » lorsqu'elle ne s'accompagne d'aucune mesure d'indemnisation.

[14] Le juge Vaillancourt a conclu que l'obtempération sans indemnisation n'est pas déraisonnable en soi, qu'il faut davantage. Selon lui, citoyens et entreprises ont le devoir de prêter leur concours à l'application des lois, ce qui implique nécessairement qu'ils supportent certains frais raisonnables. À son avis, [TRADUCTION] « [l]e droit individuel de vaquer à ses occupations sans ingérence de l'État ne l'emporte sur l'application des lois dans l'intérêt

interest in conducting one's affairs without interference from the state" (para. 43).

[15] The duties placed on other participants in the criminal justice system, like jurors and witnesses reflect this reality, and require that those participants bear their own — often significant — costs. Vaillancourt J. found that it was reasonable to assume that Parliament, by not providing for compensation in production orders, intended the same principles to apply unless compliance became unreasonable.

[16] He rejected the Crown's proposed standard of "undue hardship" as the point at which compliance becomes unreasonable, instead finding that "an applicant must demonstrate that the expenditure is significant to its financial health" (para. 96).

[17] All the parties argued the application using projected annual costs of compliance rather than the financial burden imposed by the two specific production orders in this case. Based on an annual estimated cost to Telus of $662,000 for the retrieval of archived data, Vaillancourt J. concluded that this projection amounted to

- 0.0087 per cent of Telus Consolidated's Operating Revenue for 2004
- 0.011 per cent of Telus Consolidated's Operating Expenses for 2004
- 0.12 per cent of Telus Consolidated's Net Income for 2004
- 0.023 per cent of Telus Mobility's Operating Revenue for 2004
- 0.039 per cent of Telus Mobility's Operating Expenses for 2004
- 0.058 per cent of Telus Mobility's Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization for 2004 [para. 49]

[18] His overall conclusion on reasonableness was that, based on these figures, the cost of compliance was not unreasonable in the circumstances.

de la société que lorsque le coût de ce concours est excessif » (par. 43).

[15] Cette réalité se traduit également par le devoir qui incombe à d'autres acteurs du système de justice criminelle, tels les jurés et les témoins, et par l'obligation qui leur est faite d'en assumer personnellement le coût, qui est souvent substantiel. Il était donc raisonnable de penser qu'en omettant de prévoir une indemnisation, le législateur a voulu que le même principe s'applique à l'ordonnance de communication, sauf lorsque l'obligation imposée est déraisonnable.

[16] Écartant le critère de la « contrainte excessive » proposé par le ministère public pour déterminer si l'obligation de communiquer est raisonnable ou non, le juge a conclu que [TRADUCTION] « le demandeur doit démontrer que le coût compromet sa santé financière » (par. 96).

[17] Toutes les parties ont présenté leurs arguments au sujet de la demande en s'appuyant sur le coût annuel projeté pour l'obtempération à des ordonnances de communication, plutôt que sur le coût occasionné par les deux ordonnances visées en l'espèce. Estimant à 662 000 $ ce qu'il en coûterait chaque année à Telus pour répondre aux demandes d'extraction de données archivées, le juge Vaillancourt a conclu que cela équivalait à

[TRADUCTION]

- 0,0087 pour 100 des produits d'exploitation consolidés de Telus pour 2004
- 0,011 pour 100 des charges d'exploitation consolidées de Telus pour 2004
- 0,12 pour 100 du bénéfice net consolidé de Telus pour 2004
- 0,023 pour 100 des produits d'exploitation de Telus Mobilité pour 2004
- 0,039 pour 100 des charges d'exploitation de Telus Mobilité pour 2004
- 0,058 pour 100 du bénéfice avant intérêt, impôt et amortissement de Telus Mobilité pour 2004 [par. 49]

[18] Partant, sa conclusion générale au sujet de la raisonnabilité a été que le coût d'obtempération n'était pas déraisonnable dans les circonstances.

[19] Telus appealed directly to this Court pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

[20] It is Telus' position that the broad wording in s. 487.012(4), permitting a judge to add terms and conditions, allows for the inclusion in the production order of a condition that the law enforcement agency pay the reasonable costs of compliance where:

1. The expense is greater than *de minimus*;
2. The party is one frequently called upon to assist in the investigation of crime; and,
3. There is expertise involved in retrieving data and providing it to the police.

[21] In Telus' submission, the question of when the expense will be greater than *de minimus* will be determined in an exemption application brought by the object of the order. Once the judge hearing the exemption application determines the cost to be unreasonable, the police can then go back before a judge, pursuant to s. 487.012(5), and request that the order be varied to include a requirement of reasonable compensation. Telus submitted that the amount of reasonable compensation would be worked out between industry and law enforcement agencies, as it was in the agreement it reached with the Toronto police in this case. Over time, Telus argued, an industry standard would develop so that the police know at the outset when a provision for reasonable compensation is required in the order. This would make the intermediate step of an exemption application unnecessary.

[22] Telus sought to distinguish itself from other unpaid or under-compensated actors in the criminal justice system, such as jurors and witnesses, on the basis that it is called upon repeatedly to assist in law enforcement. It has a "Fraud and Wireless Security Management" department to facilitate timely responses to requests from law enforcement agencies for customer information. In 2004, it responded to 2,823 warrants seeking customer records. That, it argued, makes it more like those

[19] Telus a porté la décision en appel directement devant notre Cour en application du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26.

[20] Telus soutient que la formulation générale employée au par. 487.012(4) et suivant laquelle le juge peut assortir l'ordonnance des conditions qu'il estime indiquées permet d'ordonner à l'organisme d'application de la loi de payer les frais raisonnables d'obtempération lorsque

1. ces frais ne sont pas minimes,
2. la personne visée est souvent appelée à prêter son concours à une enquête criminelle et
3. la récupération des données et leur communication à la police requièrent certaines compétences.

[21] Selon Telus, il appartiendra au juge saisi d'une demande d'exemption de déterminer si les frais sont minimes ou non. S'il conclut qu'ils sont déraisonnables, la police pourra alors se prévaloir du par. 487.012(5) et demander la modification de l'ordonnance pour y prévoir une indemnisation raisonnable. À l'instar de Telus et du service de police de Toronto en l'espèce, l'entreprise et l'organisme d'application de la loi conviendront du montant de l'indemnité. Avec le temps, une norme se dégagera pour le secteur d'activité, et les services de police sauront dès le départ s'il convient de prévoir dans l'ordonnance le versement d'une indemnité raisonnable. L'étape intermédiaire de la demande d'exemption deviendra alors inutile.

[22] Telus prétend qu'elle se distingue des autres participants au système de justice criminelle qui ne sont pas rémunérés ou qui le sont insuffisamment, tels les jurés et les témoins, en ce qu'elle est souvent appelée à prêter son concours aux forces de l'ordre. Elle a même mis sur pied un service de gestion des fraudes et de la sécurité sans fil pour répondre rapidement aux demandes de renseignements que lui adressent les organismes d'application de la loi. En 2004, elle a donné suite à 2 823 mandats visant sa

who have regular contact with the justice system, such as judges and expert witnesses, who are compensated for their contribution.

[23] The Canadian Bankers Association intervened. Its members are frequently the object of production orders. The Association argued that while it would rarely be appropriate for a judge to impose a term requiring payment of reasonable costs of compliance with a production order on the original *ex parte* application, a production order will be "unreasonable" — and therefore subject to an exemption under s. 487.015 — when compliance with the order would have a considerable adverse operational or financial impact on the party subject to it. Upon finding such an impact, the judge's powers are not limited to granting the exemption; they extend to variation of the production order, including the addition of terms for payment of costs or extended time for compliance. This interpretation, it argued, is consistent with the desire to facilitate compliance while avoiding unreasonable burdens.

[24] The position of the Crowns (Federal, Ontario, Quebec and British Columbia) is that it is clear from a plain reading of the legislation that a judge has no authority under ss. 487.012(4), (5) or 487.015 to make an order for compensation. The permissible terms and conditions of a production order relate solely to factors pertaining to the execution of the order. These terms do not include terms designed to minimize the financial impact of compliance.

[25] The Crowns submitted that only in exceptional circumstances, where the costs of compliance amount to "undue hardship", does the object of the production order have a remedy in the form of an exemption pursuant to s. 487.015. This threshold denotes an oppressive burden that amounts to more than just a significant or considerable impact. The need for citizens to be involved in the efficient administration of the criminal justice system is well established. Like jury duty, the *Criminal Code* provides the option of being excused from compliance with a production order if the burden is too onerous to be reasonably borne. In both cases, the

clientèle. C'est pourquoi elle prétend s'apparenter davantage à un participant habituel dont l'apport est rétribué, tel un juge ou un témoin expert.

[23] L'Association des banquiers canadiens s'est constituée partie intervenante au présent pourvoi. Ses membres font souvent l'objet d'ordonnances de communication. Selon elle, même s'il est rarement indiqué que le juge ordonne, lors de l'audition *ex parte* de la demande initiale, le paiement des frais raisonnables d'obtempération, une ordonnance de communication sera « déraisonnable » et pourra donc justifier une exemption en vertu de l'art. 487.015 si elle inflige à la personne tenue d'y obtempérer un préjudice opérationnel ou financier important. Le juge qui conclut à l'existence d'un tel préjudice pourra non seulement accorder l'exemption, mais aussi modifier l'ordonnance de communication, notamment en y ordonnant le paiement des frais ou la prorogation du délai imparti. L'Association soutient que son interprétation est compatible avec le vœu de faciliter l'obtempération et d'éviter la contrainte excessive.

[24] Pour les différents ministères publics (fédéral, Ontario, Québec et Colombie-Britannique), il ressort du libellé des par. 487.012(4) et 487.012(5) et de l'art. 487.015 que le juge n'a pas le pouvoir d'ordonner l'indemnisation. Les conditions dont il peut assortir l'ordonnance de communication n'ont trait qu'aux modalités de la communication, ce qui exclut l'atténuation du préjudice financier subi.

[25] Les ministères publics soutiennent que la personne visée par une ordonnance de communication ne dispose d'un recours — l'exemption prévue à l'art. 487.015 — que dans le cas exceptionnel où le coût qu'elle doit supporter lui inflige une « contrainte excessive ». Il doit s'agir d'un fardeau abusif, et non seulement d'une incidence importante ou considérable. La nécessité de la participation des citoyens à la bonne administration du système de justice criminelle est bien établie. Comme pour le juré, le *Code criminel* prévoit que la personne visée par une ordonnance de communication peut être dispensée de s'y conformer lorsque

Crowns argued, the exempting conditions must be strict.

[26] The Canadian Association of Chiefs of Police agreed with the Crowns' submission that an exemption from compliance under s. 487.015 should only be available when the financial burden amounts to undue hardship.

Analysis

[27] Three questions are to be answered in this case:

1. Do ss. 487.012(4), (5), and/or 487.015 of the *Criminal Code* give a judge the power to make it a term or condition of a production order that the police reimburse an innocent third party for reasonable expenses incurred in complying with the order?

2. When should an exemption order be made on the basis that the financial burden associated with compliance is "unreasonable"?

3. Should an exemption have been granted to Telus in this case?

[28] As previously noted, Telus relied on the language of s. 487.012(4) to argue that even though the power to do so is not specifically mentioned, a judge issuing a production order has the authority to make reasonable compensation a term of the production order. That provision states:

(4) [Terms and conditions] The order may contain any terms and conditions that the justice or judge considers advisable in the circumstances, including terms and conditions to protect a privileged communication between a lawyer and their client or, in the province of Quebec, between a lawyer or a notary and their client.

Telus argued that s. 487.012(5) implicitly confers the same power:

(5) [Power to revoke, renew or vary order] The justice or judge who made the order, or a judge of the same

le fardeau imposé est si important qu'il ne peut raisonnablement être supporté. Les ministères publics font valoir que dans les deux cas, les conditions d'exemption doivent être strictes.

[26] L'Association canadienne des chefs de police convient avec les ministères publics que l'exemption prévue à l'art. 487.015 ne devrait être accordée que lorsque le fardeau financier imposé constitue une contrainte excessive.

Analyse

[27] La Cour doit trancher trois questions :

1. Les paragraphes 487.012(4) et 487.012(5) et l'art. 487.015 du *Code criminel*, ou l'un d'eux, confèrent-ils au juge le pouvoir de conditionner l'ordonnance de communication par l'obligation faite au service de police de rembourser le tiers innocent des frais raisonnables engagés pour donner suite à l'ordonnance?

2. Dans quel cas une exemption doit-elle être accordée en raison du caractère « déraisonnable » du fardeau financier imposé par le respect de l'ordonnance?

3. Une exemption aurait-elle dû être accordée à Telus en l'espèce?

[28] Rappelons que Telus s'appuie sur le texte du par. 487.012(4) pour faire valoir que même si le pouvoir de le faire ne lui est pas expressément conféré, le juge qui rend l'ordonnance de communication peut l'assortir de la condition de verser une indemnité raisonnable :

(4) [Conditions] L'ordonnance peut être assortie des conditions que le juge de paix ou le juge estime indiquées, notamment pour protéger les communications privilégiées entre l'avocat — et, dans la province de Québec, le notaire — et son client.

Elle soutient que le par. 487.012(5) confère tacitement le même pouvoir :

(5) [Modification, renouvellement et révocation] Le juge de paix ou le juge qui a rendu l'ordonnance — ou

territorial division, may revoke, renew or vary the order on an *ex parte* application made by the peace officer or public officer named in the order.

[29] The outcome of this case depends on statutory interpretation. The legislation makes no reference to compensation. This ambiguity requires us to examine the scheme, object and context of the production order provisions.

[30] A review of the history preceding the creation of the production order scheme is significant in discerning what the legislature's intention was in connection with compensation for compliance. That history shows that the question of whether compensation should be paid to telecommunications service providers for the costs of compliance with court orders has been part of an ongoing conversation between these providers and the government for some time.

[31] The position of telecommunications service providers, including Telus, has consistently been that they are entitled to be reimbursed for expenses incurred in complying with court orders. Parliament's decision not to include an express right of compensation in the scheme is given added significance when understood in light of this history. In view of its critical role in this interpretive analysis, and of Telus' active part in it, the history is set out in some detail.

[32] In 1999, telecommunications service providers asserted their claim to compensation before the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC"). Telus had initiated the proceeding, proposing a tariff that would apply to court-ordered wiretaps and production of confidential subscriber information to law enforcement agencies. Telus' application was opposed by several police and government departments.

[33] The CRTC issued Order No. 2000-676 on July 21, 2000, concluding that it did not have jurisdiction to approve the tariff under the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38:

un juge de la même circonscription territoriale — peut, sur demande présentée *ex parte* par l'agent de la paix ou le fonctionnaire public nommé dans l'ordonnance, la modifier, la renouveler ou la révoquer.

[29] L'issue du présent pourvoi tient donc à l'interprétation des dispositions législatives. Or, la loi ne fait mention d'aucune indemnisation. C'est pourquoi il nous faut examiner le régime législatif, son objet et son contexte.

[30] Il convient d'examiner le processus ayant mené à l'adoption des dispositions en cause pour déterminer l'intention du législateur concernant l'indemnisation de la personne visée par une ordonnance de communication. Il appert que la question de l'indemnisation des frais occasionnés par le respect d'ordonnances judiciaires fait l'objet d'échanges soutenus entre les fournisseurs de services de télécommunications et le gouvernement depuis un certain temps.

[31] Telus et les autres fournisseurs de services de télécommunications ont toujours soutenu avoir droit au remboursement des frais engagés pour se conformer à une ordonnance judiciaire. Par conséquent, la décision du législateur de ne pas reconnaître expressément le droit à l'indemnisation est d'autant plus significative. Étant donné l'importance cruciale de ces interventions antérieures pour les besoins de la présente analyse, et vu la part active que Telus y a prise, il convient d'en faire état de manière assez détaillée.

[32] En 1999, les fournisseurs de services de télécommunications ont fait valoir leur droit à l'indemnisation devant le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC »). Telus avait saisi le CRTC d'un projet de tarif pour les ordonnances relatives à l'écoute électronique et à la communication de renseignements confidentiels sur les abonnés aux organismes d'application de la loi. Plusieurs ministères et services de police s'y étaient opposés.

[33] Le 21 juillet 2000, le CRTC a rendu l'ordonnance 2000-676 statuant qu'il n'avait pas compétence pour approuver ce tarif en application de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38 :

In the circumstances, the Commission considers that compensation for compliance with court orders, notwithstanding the ancillary involvement of telecommunications, is best dealt with by the courts.

If there is a concern that the current regime (where compensation for compliance with court orders is left to the discretion of the courts) is not appropriate given the potentially mounting costs, it is open to Parliament to address the issue explicitly through legislative amendments. [paras. 12-13]

[34] Industry and law enforcement representatives debated, inconclusively, the meaning of this Order, as noted by the Department of Justice in a discussion paper:

Some law enforcement agencies interpreted the decision as a partial victory because the Commission refrained from exerting its jurisdiction with respect to court-ordered "services". These law enforcement agencies took the position that if the CRTC would not tariff such "services", Telus could not charge fees for such "services". On the other hand, Telus believed, it would appear, that the decision does not mean that telecommunications service providers were prohibited from charging a fee for "services" rendered pursuant to a court order.

(Department of Justice, Discussion Paper, *Lawful Access: Operational Fees*, December 12, 2003, at p. 15)

[35] The issue gained renewed visibility when the Department of Justice, jointly with Industry Canada and the Solicitor General Canada, released a consultation document inviting submissions on how to improve and modernize law enforcement's ability to intercept communications and obtain information of assistance in the investigation of crime. The document identified the following as the bases for the exercise:

(1) the need to bring the provisions of the law into concordance with new telecommunications technology; (2) the need for all telecommunications service providers to ensure that the technical capability in their facilities permits lawful access by law enforcement and national security agencies; and (3) the need for Canada to adopt statutory measures that will permit ratification of the Council of Europe *Convention on Cyber-Crime* [CETS

Dans les circonstances, le Conseil estime que ce sont plutôt les tribunaux qui devraient traiter les questions de compensation relatives à la conformité avec l'ordonnance d'un tribunal, même si ces questions visent indirectement des services de télécommunications.

Quant aux préoccupations concernant la pertinence du régime actuel (auquel la compensation relative à la conformité avec les ordonnances de tribunaux est laissée à la discrétion des tribunaux), compte tenu de la possibilité que les coûts augmentent, il appartient au Parlement de traiter directement de cette question par le biais de modifications législatives. [par. 12-13]

[34] Fournisseurs et organismes d'application de la loi ont débattu en vain de la portée de cette ordonnance, comme le signale le ministère de la Justice dans un document de travail :

Certains organismes d'application de la loi y ont vu une victoire partielle du fait que le Conseil s'est abstenu d'exercer ses pouvoirs à l'égard des « services » mandatés par une ordonnance. Ces organismes d'application de la loi ont estimé que si le CRTC n'allait pas tarifer ces « services », Telus ne pouvait pas les facturer. Par contre, il semble que Telus ait estimé que la décision ne veut pas dire que les fournisseurs de services de télécommunication ne peuvent pas facturer un service mandaté par une ordonnance judiciaire.

(Ministère de la Justice, document de travail, *Accès légal : coûts opérationnels*, 12 décembre 2003, p. 16)

[35] La question est revenue à l'avant-scène lorsque le ministère de la Justice, en collaboration avec Industrie Canada et le solliciteur général du Canada, a publié un document de consultation invitant les intéressés à proposer des façons d'améliorer et de moderniser l'interception de communications et la collecte de renseignements pour les besoins d'une enquête criminelle. Le document énonçait trois objectifs fondamentaux :

1) que les textes législatifs soient adaptés aux nouvelles technologies de télécommunications; 2) que les fournisseurs de services en télécommunications se dotent des moyens techniques permettant aux organismes responsables de l'application de la loi et de la sécurité nationale de recourir à l'accès légal; 3) que le Canada prenne les mesures législatives nécessaires pour ratifier la *Convention sur la cybercriminalité* du Conseil

No. 185, Article 18(1), requiring participating countries to legislate the availability of production orders].

(Government of Canada, *Lawful Access — Consultation Document*, August 25, 2002, at p. 6)

This document generated more than 300 submissions (Canada, Department of Justice, News Release: "Lawful Access Consultation Submission Summary Report Available on Department of Justice Website", August 6, 2003).

[36] Among the groups making submissions on behalf of industry were Telus, the Canadian Cable Television Association, and the Canadian Wireless Telecommunications Association. Their position with respect to the costs of compliance with lawful access requests was summarized in a government report entitled *Summary of Submissions to the Lawful Access Consultation*, April 28, 2003:

> The legislation should ensure that law enforcement agencies remain responsible for reasonable costs incurred by service providers making operational assistance available to law enforcement agencies in carrying out lawful interception, seizure and preservation orders. These costs should be worked out between each service provider and the agency concerned rather than being based on universal tariffs laid out in the regulations for various types of support. Industry Canada and the Solicitor General, or an independent arbitrator, should mediate any disputes about fees for service between a [communication service provider] and a law enforcement agency. [p. 7]

The Canadian Wireless Telecommunications Association submitted "that the new legislation should enshrine the principle that law enforcement should pay service providers for assistance provided" (*Lawful Access Consultation: Response of the Canadian Wireless Telecommunications Association*, December 16, 2002, at para. 62).

[37] In response to contrary submissions by law enforcement agencies who argued that no compensation be payable, Telus' EVP - Corporate Affairs and General counsel wrote a letter in April 2003 to the then Minister of Justice seeking express

de l'Europe [STCE n° 185, art. 18(1), obligeant les États participants à légiférer pour permettre l'ordonnance de communication].

(Gouvernement du Canada, *Accès légal — Document de consultation*, 25 août 2002, p. 7-8)

Plus de 300 mémoires ont été présentés (Canada, ministère de la Justice, communiqué : « Le ministère de la Justice publie sur son site Web le résumé des observations présentées dans le cadre des consultations sur l'accès légal », 6 août 2003).

[36] Au nombre des auteurs appartenant au secteur d'activité, mentionnons Telus, l'Association canadienne de télévision par câble et l'Association canadienne des télécommunications sans fil. Leur position concernant les frais occasionnés par les demandes d'accès légal est résumée comme suit dans le rapport gouvernemental intitulé *Résumé des mémoires présentés dans le cadre de la consultation sur l'accès légal*, 28 avril 2003 :

> La législation proposée doit veiller à ce que les organismes d'application de la loi assument les frais raisonnables engagés par les fournisseurs de services pour les aider à mener à bien leurs opérations d'interception légale, de saisie ou d'exécution d'une ordonnance de conservation. Ces frais devraient être négociés entre chaque fournisseur de services et l'organisme concerné, plutôt que d'être précisés à titre de tarifs universels dans les règlements. Industrie Canada et le Solliciteur général, ou encore un arbitre indépendant, devraient agir comme médiateur en cas de différend entre un [fournisseur de services de communication] et un organisme d'application de la loi. [p. 7]

L'Association canadienne des télécommunications sans fil a fait valoir [TRADUCTION] « que les nouvelles dispositions devraient consacrer le principe de l'indemnisation des fournisseurs de services par les organismes d'application de la loi pour l'aide consentie » (*Lawful Access Consultation : Response of the Canadian Wireless Telecommunications Association*, 16 décembre 2002, par. 62).

[37] En avril 2003, en réponse aux organismes d'application de la loi qui écartaient toute indemnisation, le vice-président directeur, Affaires générales et chef du contentieux de Telus a adressé une lettre au ministre de la Justice d'alors lui demandant

language in the proposed legislation which would require that compensation be paid for providing lawful information to law enforcement agencies:

Currently, a couple of law enforcement agencies refuse to pay TELUS for court-ordered services, relying on the fact that the court order usually does not require that compensation be paid. It should be noted, however, that these orders are obtained by [law enforcement agencies] on an *ex parte* basis, and the court is not asked to consider whether compensation should be required. If the court were asked to turn its mind to this issue and to consider the cost to the service provider of complying with the order, it is likely that some compensation would be ordered.

. . .

I agree . . . that we need a legislated resolution to this issue. Consistent with the views expressed by other telecom carriers, TELUS recommends that the proposed legislation expressly require that [law enforcement agencies] compensate service providers for their reasonable costs of providing lawful access services. To the extent that [law enforcement agencies] may require additional funds to do so, this support should be provided by government and ultimately by the general taxpayer. . . . [C]lear legislation will put an end to the current confusion and will benefit both law enforcement and the telecommunications industry. [Emphasis added.]

[38] On December 12, 2003, the Department of Justice published its discussion paper entitled *Lawful Access: Operational Fees*, setting out the "circumstances that gave rise to the complexity of lawful access operational fees in the telecommunications sphere" (p. 1) and suggesting options to address those fees. The authors of the paper noted:

Based on some of the wording of the *Criminal Code* in relation to the issuance of the various court orders and the interpretation of that wording, some argue that the courts might have an implied discretion to make terms and conditions, including compensatory terms, in relation to warrants and other legal demands. However, it would be surprising if courts would be in a position to exert such jurisdiction absent express and clear wording in the *Criminal Code*. Section 840 of the *Criminal Code* is the only section that contains a schedule of fees. This schedule relates to a number of criminal

que les nouvelles dispositions prévoient expressément le versement d'une somme pour la communication légale de renseignements à un organisme d'application de la loi :

[TRADUCTION] Quelques organismes d'application de la loi refusent actuellement d'indemniser TELUS pour les services exigés par une ordonnance judiciaire, au motif que celle-ci ne prescrit habituellement pas le versement d'une somme. Il faut toutefois signaler qu'ils obtiennent l'ordonnance *ex parte*. La cour n'est donc pas appelée à déterminer si une indemnisation s'impose. Si elle l'était et qu'elle tenait compte de ce qu'il en coûte au fournisseur de services pour obéir à l'ordonnance, il est probable qu'elle ordonnerait quelque indemnisation.

. . .

Je conviens [. . .] que le règlement de la question appelle une mesure législative. Dans la foulée des avis exprimés par d'autres entreprises de télécommunications, TELUS recommande que les dispositions législatives proposées obligent expressément [les organismes d'application de la loi] à indemniser les fournisseurs de services des frais raisonnables engagés pour assurer l'accès légal. Si [les organismes d'application de la loi] ont besoin de fonds supplémentaires, il appartient au gouvernement et, en fin de compte, au contribuable, de les dégager [. . .] [U]ne loi claire dissipera la confusion actuelle et bénéficiera tant aux organismes d'application de la loi qu'aux entreprises de télécommunications. [Je souligne.]

[38] Le 12 décembre 2003, le ministère de la Justice a publié un document de travail intitulé *Accès légal : coûts opérationnels* dans lequel il précisait les « circonstances qui expliquent la complexité des frais de service associés à l'accès légal dans le domaine des télécommunications » (p. 1), et faisait état des avenues possibles. En voici un extrait :

Selon le libellé du *Code criminel* concernant la délivrance des diverses ordonnances judiciaires et l'interprétation de ce texte, certains font valoir que les tribunaux pourraient avoir la discrétion implicite de décider de modalités et de conditions, y compris des modalités [d'indemnisation], en rapport avec les mandats de perquisition et autres exigences judiciaires. Mais il serait surprenant que les tribunaux soient en mesure d'exercer cette compétence en l'absence d'un libellé clair et précis dans le *Code criminel*. L'article 840 du *Code criminel* est le seul qui prévoit des honoraires et des allocations.

procedural matters, but only in relation to proceedings taken before summary conviction courts or justices. There is no schedule of payments for proceedings commenced by way of indictment in the *Criminal Code*. In some provinces, witness fees are established in relevant administration of justice legislation. [Emphasis added; p. 8.]

[39] Notably, the question of compensation for compliance with production orders was squarely in view:

An additional factor that needs to be recognized in determining whether or not third parties should be compensated for helping to execute court orders is the impact of the new procedural tools being proposed within the context of the lawful access initiative. The *Lawful Access* consultation document proposes the creation of a number of new procedural tools to help law enforcement agencies in performing their tasks whether or not in the context of the fight against cyber-crime. Such proposals have raised significant concerns from third parties other than service providers, such as banks or securities organizations, that have raised concerns about the additional tasks that could be imposed on them as a result of these new court orders. Their main concern, especially in relation to the proposed production orders, relates to law enforcement agencies relying more and more on private sector entities to do the work law enforcement agencies would be tasked with through the issuance of such search warrants.

One way of alleviating the previously noted concern would be to specifically provide in the legislation creating these orders for the possibility for courts to provide for third parties to be compensated for the payment of any unduly burdensome or unreasonable costs. However, any specific provision to that effect would open once again the issue of why third parties should be compensated for work they undertake pursuant to their duties as good corporate citizens. Although the increased workload resulting from the multiplication of court orders in relation to specific types of third parties (e.g., service providers) is certainly an argument that cannot be discounted, a general obligation on governments (either *per se* or through its law enforcement agencies) to pay for assistance with the execution of court orders would create a financial strain on already limited resources in the field of the administration of justice. [Emphasis added; footnote deleted; pp. 33-34.]

Ces honoraires se rapportent à un certain nombre de poursuites criminelles, mais uniquement à l'égard des procédures devant les cours des poursuites sommaires et devant les juges de paix. Le *Code criminel* ne prévoit pas d'honoraire ou d'allocation à l'égard des procédures qui commencent par une mise en accusation. Dans certaines provinces, des honoraires sont prévus pour les témoins dans le cadre de lois portant sur l'administration de la justice. [Je souligne; p. 8-9.]

[39] Fait à signaler, la question du paiement des frais d'obtempération à une ordonnance de communication se posait clairement :

L'impact des nouveaux outils de procédure proposés dans le contexte de l'initiative de l'accès légal sont un autre facteur dont il faut tenir compte pour décider si des tiers devraient être [indemnisés] pour aider à exécuter des ordonnances judiciaire[s]. Le document de consultation sur l'accès légal propose la création d'un certain nombre de nouveaux outils de procédure afin d'aider les organismes d'application de la loi à effectuer leurs tâches, que ce soit ou non dans le contexte de la lutte contre la cybercriminalité. Des tiers autres que les fournisseurs de services, comme les banques ou les maisons de courtage, se sont inquiétés du fardeau supplémentaire qui leur serait imposé [par] ces nouvelles ordonnances judiciaires. Leur principale inquiétude, surtout en ce qui concerne les ordonnances de [communication] proposées, a trait au fait que les organismes d'application de la loi devront [s'en remettre] de plus en plus [à des] entités du secteur privé pour faire le travail qui devrait normalement être fait par les organismes d'application de la loi autorisés par mandats de perquisition.

Pour répondre à ces préoccupations, il faudrait notamment prévoir dans la loi qui crée ces ordonnances la possibilité pour les tribunaux [d'assurer l'indemnisation des tiers pour les] coûts trop élevés ou déraisonnables. Mais une disposition de ce genre soulèverait à nouveau toute la question de savoir pourquoi les tiers devraient être [indemnisés] pour le travail qu'ils exécutent pour s'acquitter de leur devoir de bon citoyen. Bien que la charge de travail découlant de la multiplication des ordonnances judiciaires à l'égard de certains types de tiers (p. ex., les fournisseurs de services) soit certainement un argument valable, l'obligation imposée aux gouvernements (en tant que tels ou par le biais de leurs organismes d'application de la loi) de payer pour aider à l'exécution des ordonnances [judiciaires] ajouterait des contraintes financières à l'administration de la justice dont les ressources sont déjà limitées. [Je souligne; note en bas de page omise; p. 34-35.]

[40] On June 12, 2003, Bill C-46, *An Act to amend the Criminal Code (capital markets fraud and evidence-gathering)*, was introduced. The Bill proposed various amendments to the *Criminal Code*, including the creation of the new production order scheme found in ss. 487.012 to 487.017. At second reading, Paul Harold Macklin, the Parliamentary Secretary to the then Minister of Justice, explained the impetus behind the new investigative tool:

> Production orders are similar to search warrants. Whereas a search warrant allows police to search a certain place for evidence, a production order compels a person to produce the relevant information to the police.
>
> Although this investigative tool is new to the Criminal Code, it already exists in Canadian law, notably under the Competition Act and in limited circumstances under other statutes. Further, it could also be characterized as a codification of current practices. For example, today when a police officer enters a bank with a warrant to seize record[s], he does not usually shut down the bank to get those records. Nor will he seize the bank's computer system.
>
> What generally happens is that the holder of the information sought in the warrant will generally produce that information to the police himself. The reason for this is twofold: first, it is more convenient for the bank, since its business operations are not being interrupted; and second, it is more cost effective and less time consuming for the police.
>
> . . .
>
> Law enforcement agencies and crown prosecutors have been asking for a new investigative tool for some time and with the proliferation of the Internet and the widespread adoption of new communications technologies, the timing is right for this form of investigative tool.
>
> The production orders will solve a number of nagging issues for investigators including extraterritorial searches and timing issues. Under these new orders, persons who have possession or control of documents, data or information will have to produce that information whether it resides in Canada or abroad. Thus, as long as they have possession or control over the relevant information, they will be required to produce it no matter where it is located. This solves the problem that

[40] Le 12 juin 2003, le projet de loi C-46 (*Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*) a été déposé. Il proposait diverses modifications, dont la création de l'ordonnance de communication prévue aux art. 487.012 à 487.017. En deuxième lecture, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice d'alors, Paul Harold Macklin, a expliqué la raison d'être de ce nouveau moyen d'enquête :

> [L]es ordonnances de [communication] s'apparentent à des mandats de perquisition. Mais si ceux-ci permettent aux policiers de perquisitionner un endroit pour y trouver des éléments de preuve, les ordonnances de [communication] obligent la personne à [communiquer] des informations pertinentes à la police.
>
> Bien que ce moyen d'enquête soit tout nouveau dans le Code criminel, il existe déjà dans le droit canadien, notamment dans la Loi sur la concurrence. On en fait également un recours limité en vertu d'autres lois. Il s'agirait donc d'étendre l'usage de pratiques existantes. Ainsi, lorsqu'un policier se présente dans une banque avec un mandat pour saisir des dossiers, il ne ferme [habituellement] pas la banque [. . .] pour se procurer ces dossiers. Et il ne saisit pas non plus le système informatique de la banque.
>
> D'habitude, celui qui possède l'information recherchée au moyen de l'ordonnance communiquera lui-même l'information à la police. Il y a deux raisons pour cela : premièrement, c'est plus pratique pour l'institution bancaire, car ses activités ne sont pas interrompues; deuxièmement, c'est plus rentable et cela mobilise moins de temps des policiers.
>
> . . .
>
> Les organismes chargés d'appliquer la loi et les procureurs de la Couronne réclamaient un nouvel outil d'enquête depuis un certain temps et, avec la popularité d'Internet et l'adoption généralisée de nouvelles technologies de communication, la création de cet outil d'enquête tombe à point nommé.
>
> Les ordonnances de communication régleront un certain nombre de problèmes embêtants pour les enquêteurs, dont les enquêtes à l'étranger et les problèmes de délais. Conformément à ces nouvelles ordonnances, la personne qui aura en sa possession les documents, données ou renseignements requis ou qui en aura la garde devra produire ceux-ci, qu'ils se trouvent au Canada ou à l'étranger. Par conséquent, dans la mesure où la personne possède les renseignements pertinents ou en

has in part been created by inexpensive overseas data warehousing.

Second, the new production orders will be time sensitive so that the third party served with the order will either have to produce the information within the time specified in the order or report back to the court within the specified time as to why he or she cannot comply. This solves the problem of the inherent nature of informal arrangements which is they are informal and they often lack specific mechanisms such as timing mechanisms.

. . .

. . . Before issuing the order, the judge or justice must be satisfied that there are reasonable grounds to believe an offence has been committed, that the specific documents or data will afford evidence relating to the commission of the offence and that the recipient of the order has possession or control of these documents or data. These are the same basic judicial safeguards as required by the existing Criminal Code search warrant provisions. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 138, 2nd sess., 37th Parl., September 29, 2003, at pp. 7933-34)

[41] There is no mention of compensation for the cost of compliance with the orders. Instead, the only conditions of which the issuing judge must be satisfied are those set out in s. 487.012(3), namely that

(*a*) an offence against this Act or any other Act of Parliament has been or is suspected to have been committed;

(*b*) the documents or data will afford evidence respecting the commission of the offence; and

(*c*) the person who is subject to the order has possession or control of the documents or data.

Notably, no mention is made of any factors relating either to hardship or costs incurred by the object of the order.

[42] While it cannot be said that legislative silence is necessarily determinative of legislative intention,

a la garde, elle devra les produire, peu importe où ils se trouvent. Cela règle le problème attribuable, en partie, à l'entreposage de données outremer à peu de frais.

Deuxièmement, les nouvelles ordonnances de communication devront être exécutées rapidement; ainsi, la tierce partie à qui on aura signifié une ordonnance devra produire les renseignements dans les délais prescrits dans l'ordonnance ou elle devra faire rapport au tribunal, dans les délais prévus, afin d'expliquer pourquoi elle ne peut se conformer à l'ordonnance. Cela règle le problème inhérent aux ententes officieuses, c'est-à-dire leur caractère officieux et le fait qu'elles sont souvent dépourvues de conditions particulières à respecter, par exemple, des délais.

. . .

. . . Avant d'émettre une telle ordonnance, le juge doit être convaincu qu'il y a de bonnes raisons de croire qu'une infraction a été commise, que des documents ou des données spécifiques fourniront une preuve relative à l'infraction commise et que la personne visée par l'ordonnance a ces documents ou ces données en sa possession ou [à sa disposition]. Il s'agit là des mêmes mesures de protection juridiques fondamentales que prévoient actuellement les dispositions du Code criminel pour un mandat de perquisition. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, 2e sess., 37e lég., 29 septembre 2003, p. 7933-7934)

[41] Nulle mention n'est faite d'une indemnisation pour l'obtempération à l'ordonnance. Les seules conditions qui doivent emporter la conviction du juge saisi de la demande figurent au par. 487.012(3) :

a) une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou est présumée avoir été commise;

b) les documents ou données fourniront une preuve touchant la perpétration de l'infraction;

c) les documents ou données sont en la possession de la personne en cause ou à sa disposition.

Mais surtout, aucune allusion n'est faite aux difficultés ou aux coûts occasionnés à la personne que vise l'ordonnance.

[42] Le silence du législateur n'est pas nécessairement déterminant quant à son intention,

in this case the silence is Parliament's answer to the consistent urging of Telus and other affected businesses and organizations that there be express language in the legislation to ensure that businesses can be reimbursed for the reasonable costs of complying with evidence-gathering orders. I see the legislative history as reflecting Parliament's intention that compensation not be paid for compliance with production orders.

[43] The procedural scheme chosen by Parliament also reflects an intention that compensation not be ordered for complying with production orders.

[44] The process outlined in s. 487.012 and s. 487.015 is triggered when a peace officer makes an *ex parte* application before a judge (s. 487.012(3)). The judge may issue the order requiring the production or preparation of documents or data where there are reasonable grounds to believe that an offence has been or is suspected to have been committed, that the information sought is relevant to an ongoing investigation and that it is in the possession of the object of the order (s. 487.012(1) and (3)). The order may include "any terms and conditions that the justice or judge considers advisable in the circumstances" (s. 487.012(4)). The peace officer named in the order can apply at any time to the issuing justice or a judge in the jurisdiction, in an *ex parte* application, to revoke, renew or vary the original order (s. 487.012(5)).

[45] The object of the order can apply at any time before it expires for an exemption from compliance on the basis that the information sought is privileged, that it is not in the object's possession or control, or that it would be unreasonable to require the object to produce the information (s. 487.015(1) and (4)). Initiation of the exemption application suspends the execution of the order (s. 487.015(3)). A production order is unnecessary if parties make their own arrangements for the voluntary provision of the documents or information, so long as they are not prohibited by law from disclosing the information (s. 487.014).

mais en l'espèce, il répond à la demande pressante de Telus et des autres entreprises et organisations intéressées que la loi prévoie expressément la possibilité d'un remboursement des frais raisonnables engagés pour communiquer des éléments de preuve conformément à une ordonnance. L'historique législatif confirme selon moi que le législateur n'a pas voulu qu'une indemnité soit versée pour l'obtempération à une ordonnance de communication.

[43] Le mécanisme établi par le législateur traduit aussi l'intention qu'il n'y ait pas d'ordonnance d'indemnisation pour le respect d'une ordonnance de communication.

[44] La procédure prévue aux art. 487.012 et 487.015 est engagée sur demande présentée *ex parte* par un agent de la paix (par. 487.012(3)). Le juge saisi peut ordonner la communication ou la préparation de documents ou de données lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été ou est présumée avoir été commise, que l'information demandée est pertinente pour une enquête en cours et que cette information se trouve en la possession de la personne en cause (par. 487.012(1) et (3)). L'ordonnance peut être assortie « des conditions que le juge de paix ou le juge estime indiquées » (par. 487.012(4)). L'agent de la paix nommé dans l'ordonnance peut à tout moment saisir *ex parte* le juge qui l'a rendue ou un juge de la même circonscription d'une demande de modification, de renouvellement ou de révocation (par. 487.012(5)).

[45] Avant l'expiration de l'ordonnance, la personne visée peut demander une exemption au motif que les renseignements sont protégés, qu'ils ne sont ni en sa possession ni à sa disposition ou qu'il serait déraisonnable de l'obliger à les communiquer (par. 487.015(1) et (4)). La demande d'exemption suspend l'exécution de l'ordonnance (par. 487.015(3)). Point n'est besoin d'obtenir d'ordonnance lorsqu'une personne accepte de communiquer volontairement les documents ou les renseignements et qu'aucune règle de droit ne lui interdit de le faire (art. 487.014).

[46] The process set out in ss. 487.012 and 487.015 for obtaining a production order confirms that Parliament did not intend the issuing judge to consider the potentially complex and contentious question of cost at the stage of issuing the production order, since to do so would contradict Parliament's intention to create a cost-effective and timely mechanism for obtaining information related to an investigation.

[47] The *ex parte* procedure delineated in the legislation is not a procedure amenable to determining whether compensation should be a term of the order, which would require the issuing judge to have information about the cost of compliance with the order and its impact on the person required to comply. That information could only be obtained by giving notice to that person and allowing him or her to call some evidence to support a claim for compensation. Neither contingency is provided for in the legislation. Moreover, as Vaillancourt J. observed, "[t]he adjudication of costs at this stage of the proceedings would have the potential of hindering the confidentiality of the investigation and frustrate the investigative goals of the authorities" (para. 30).

[48] Similarly, a judge considering whether to "revoke, renew or vary the order" under s. 487.012(5), does so in an *ex parte* application "made by the peace officer or public officer named in the order". Again, had Parliament intended this procedure be used to adjudicate the issue of compensation, it could reasonably be expected to have provided for a process whereby any party could bring an application to vary the order so that the application could be heard *inter partes*.

[49] In other contexts, the *Criminal Code* does include provisions for giving notice and standing to third parties whose interests are engaged. In his reasons, Vaillancourt J. points to the following examples:

— Section 278 of the Code deals with the notice (s. 278.3(5)) and standing (s. 278.4(2)) provided to a

[46] Le mécanisme prévu aux art. 487.012 et 487.015 confirme qu'il n'était pas dans l'intention du législateur que le juge se penche sur la question potentiellement complexe et litigieuse du coût au moment de rendre l'ordonnance. Cela aurait en effet été contraire à la volonté du Parlement de créer un mécanisme efficient et rapide d'obtention de renseignements pour les besoins d'une enquête policière.

[47] La procédure *ex parte* établie dans la loi ne se prête pas à l'examen de la question de savoir si l'ordonnance devrait prévoir l'indemnisation. En effet, pour trancher cette question, le juge aurait besoin de renseignements sur le coût de l'obtempération à l'ordonnance et les répercussions de celle-ci sur la personne visée. Pareils renseignements ne peuvent être obtenus qu'en donnant avis de la demande à l'intéressé et en lui permettant de justifier son indemnisation. Or, aucune de ces mesures n'est prévue dans les dispositions applicables. De plus, comme le juge Vaillancourt l'a fait remarquer, [TRADUCTION] « [s]tatuer sur les frais à cette étape de l'instance pourrait compromettre le secret de l'enquête et empêcher les autorités d'atteindre leurs objectifs » (par. 30).

[48] De même, le juge appelé à « modifier [l'ordonnance, la] renouveler ou la révoquer » en application du par. 487.012(5) est saisi « sur demande présentée *ex parte* par l'agent de la paix ou le fonctionnaire public nommé dans l'ordonnance ». Là encore, si le législateur avait voulu que le juge puisse alors statuer sur l'indemnisation, il aurait vraisemblablement établi un mécanisme permettant à l'une ou l'autre des parties de présenter une demande de modification de l'ordonnance, de sorte que la demande puisse être entendue *inter partes*.

[49] D'autres dispositions du *Code criminel* reconnaissent au tiers dont les intérêts sont en jeu le droit à un avis et la qualité pour agir. Le juge Vaillancourt relève les cas suivants :

— [TRADUCTION] L'article 278 du Code reconnaît au plaignant ou au témoin, relativement à la

complainant or witness regarding the production of their confidential records.

— Part XII.2 of the Code involving the proceeds of Crime provides notice (ss. 462.32(5); 462.33(5); 462.41) and a detailed application process for innocent third parties (ss. 462.41(3); 462.42) as well as an appeal process (s. 462.44).

— Sections 490.1-490.9 [deal] with offence related property and claims to that property by persons with a valid interest in the property. Provisions for notice (s. 490.4), the application process (s. 490.5) and appeal (s. 490.6) are included. [para. 31]

[50] The conclusion that a judge cannot order compensation for compliance with a production order also accords with what this Court affirmed as a general "moral" and "social" duty imposed on citizens. Dickson C.J. explained the duty in his dissenting reasons in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, as follows:

Society as a whole bears responsibility for the maintenance of law and order; co-operation between the public and the police is essential to the effective fulfilment of the already difficult tasks performed by the police. [p. 19]

(See also *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 576, and *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, at p. 447.)

[51] Wigmore's reflections on the burdens imposed on witnesses in criminal trials also resonate:

[I]t may be a sacrifice of time and labor, and thus of ease, of profits, of livelihood. This contribution is not to be regarded as a gratuity, or a courtesy, or an ill-required favor. It is a duty not to be grudged or evaded. Whoever is impelled to evade or to resent it should retire from the society of organized and civilized communities, and become a hermit. He who will live by society must let society live by him, when it requires to.

(*Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at §2192, p. 72)

communication de renseignements confidentiels les concernant, le droit à un avis (par. 278.3(5)) et la qualité pour agir (par. 278.4(2)).

— La partie XII.2 du Code portant sur les produits de la criminalité renferme des dispositions en matière d'avis (par. 462.32(5), par. 462.33(5) et art. 462.41) et prévoit une procédure de demande détaillée à l'intention du tiers innocent (par. 462.41(3) et art. 462.42), ainsi qu'une procédure d'appel (art. 462.44).

— Les articles 490.1 à 490.9 portent sur les biens infractionnels et les personnes qui prétendent avoir un droit sur eux. Ils prévoient notamment l'avis (art. 490.4), la demande (art. 490.5) et l'appel (490.6). [par. 31]

[50] La conclusion voulant que le juge ne puisse ordonner d'indemnisation pour l'obtempération à une ordonnance de communication est également compatible avec le devoir « moral » et « social » du citoyen reconnu par la Cour dans l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2. Dissident, le juge en chef Dickson a précisé la teneur de cette obligation :

C'est la société en général qui est responsable du maintien de l'ordre public; la coopération entre le grand public et les forces policières est essentielle à l'accomplissement efficace des tâches déjà difficiles qui incombent à ces dernières. [p. 19]

(Voir aussi *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 576, et *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, p. 447.)

[51] Les réflexions de Wigmore sur l'obligation faite au témoin dans un procès criminel sont également pertinentes :

[TRADUCTION] [I]l peut s'agir de sacrifier temps et labeur et, partant, aisance, profits, moyens de subsistance. Cette contribution ne doit pas être vue comme une faveur accordée à titre gracieux ou par courtoisie ni comme une faveur extorquée. C'est un devoir qu'il ne faut ni esquiver ni remplir à contrecœur. Quiconque est enclin à s'y dérober ou à s'en plaindre devrait quitter nos sociétés organisées et civilisées et se faire ermite. Celui qui tire avantage de la société doit lui rendre la pareille lorsqu'elle lui en fait la demande.

(*Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, §2192, p. 72)

[52] This duty does not, however, give the state a licence to abusively exploit the public's civic responsibilities. That is why the scheme for production orders includes relief in the form of an exemption where compliance would be "unreasonable".

[53] The duty to assist in the administration of justice was recently canvassed by the Courts of Appeal of British Columbia and Ontario in cases dealing with whether the evidence-gathering provisions found in the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*, R.S.C. 1985, c. 30 (4th Supp.), permit a court to order that the object of the order be compensated for the production of evidence.

[54] In *Canada (Attorney General) v. Pacific International Securities Inc.* (2005), 209 C.C.C. (3d) 390, 2006 BCCA 303, the British Columbia Court of Appeal concluded that there was no power to order compensation. The Ontario Court of Appeal, on the other hand, concluded in *Canada (Attorney General) v. Foster* (2006), 215 C.C.C. (3d) 59, that there was discretion in the provisions to order compensation where failure to do so would amount to undue hardship.

[55] The statutory scheme under consideration in those cases was significantly different from the production order scheme, but in their reasons, both courts expressed general legal principles relevant to the interpretive exercise before us. In *Foster*, Rosenberg J.A. noted:

> In considering a costs order, the paramount principle to bear in mind is that in criminal matters costs are ordinarily not recoverable from, nor paid to, the Crown, the accused or third parties, even where there is a statutory basis for awarding costs. . . .
>
> . . .
>
> . . . Absent an express statutory basis, as for example can be found in the victim compensation and restitution provisions of the *Criminal Code*, a court dealing

[52] Toutefois, ce devoir n'autorise pas l'État à exploiter abusivement le sens civique. C'est pourquoi le régime considéré en l'espèce permet d'obtenir une exemption lorsque l'obligation faite par l'ordonnance de communication est « déraisonnable ».

[53] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique et celle de l'Ontario se sont récemment penchées sur l'obligation de contribuer à l'administration de la justice. La question était celle de savoir si les dispositions de la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. 1985, ch. 30 (4e suppl.), relatives à l'obtention d'éléments de preuve autorisaient le tribunal à ordonner l'indemnisation du tiers qui communique des éléments de preuve.

[54] Dans l'affaire *Canada (Attorney General) c. Pacific International Securities Inc.* (2005), 209 C.C.C. (3d) 390, 2006 BCCA 303, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu à l'inexistence du pouvoir d'ordonner l'indemnisation. Dans l'affaire *Canada (Attorney General) c. Foster* (2006), 215 C.C.C. (3d) 59, la Cour d'appel de l'Ontario a par contre statué que les dispositions en cause conféraient le pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'indemnisation lorsque l'absence d'une telle mesure infligeait une contrainte excessive.

[55] Le régime législatif considéré dans ces affaires différait sensiblement de celui de l'ordonnance de communication, mais dans leurs motifs, les cours d'appel ont énoncé des principes de droit généraux utiles à l'interprétation qui s'impose en l'espèce. Dans l'arrêt *Foster*, le juge Rosenberg a fait observer :

> [TRADUCTION] S'agissant d'une ordonnance relative aux dépens, il faut se rappeler le principe primordial selon lequel, en matière pénale, le ministère public, l'accusé ou les tiers ne paient pas de dépens ni n'en obtiennent, même lorsqu'il existe un fondement légal à leur adjudication. . .
>
> . . .
>
> . . . À défaut d'un fondement légal comme les dispositions du *Code criminel* relatives à l'indemnisation des victimes et à la restitution des biens, le tribunal statuant

with criminal matters is not ordinarily concerned with compensation for losses incurred in the course of criminal proceedings. Compensation of innocent third parties is generally left to civil proceedings. Common laws courts have consistently recognized that the investigation of crime is a responsibility of society as a whole that includes an obligation to provide evidence, even though the cost of doing so may be burdensome financially and psychologically.

. . .

The general rule that witnesses and other innocent third parties (like the innocent accused) are not compensated for losses and expenses occasioned by the criminal process exists despite the fact that these costs can be onerous. [Emphasis added; paras. 56, 59 and 65.]

[56] In *Pacific*, Ryan J.A., writing for the majority of the British Columbia Court of Appeal, observed:

. . . the [*Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*] should be examined in the context of the long-standing practice in criminal law that neither costs nor expenses are recoverable by persons involved in the proceedings except in exceptional circumstances. Witnesses and jurors are not paid their lost wages as a result of their compelled participation in the criminal process. Witnesses who produce documents for use at the trial are not entitled to be compensated for the expense of their production. . . . [T]his policy stems from the accepted principle that the criminal justice system functions for the good of all members of society. Consequently, society requires members of the public to contribute to its effective operation. [para. 54]

[57] This basic public duty finds expression in several laws. There is, for example, no legislated right to compensation for compliance with general warrants and assistance orders (ss. 487.01 and 487.02 of the *Criminal Code*). In addition, s. 83.28 of the *Criminal Code*, though no longer in force, required a person named in an "order for the gathering of information" to attend before a judge as a witness and produce material to assist in the evidence-gathering process, with no legislated right of compensation. There are also provisions in federal and provincial regulatory statutes compelling the production of documents and testimony with no legislated right to compensation for the costs

en matière pénale ne se prononce habituellement pas sur l'indemnisation du préjudice imputable à une instance criminelle. L'indemnisation d'un tiers innocent ne peut généralement être obtenue qu'au civil. Les tribunaux de common law ont toujours reconnu qu'enquêter sur un crime est une obligation de la société dans son ensemble qui englobe celle de communiquer des éléments de preuve même lorsque cela comporte un coût financier ou psychologique.

. . .

La règle générale veut que les témoins et les autres tiers innocents (tel l'accusé innocent) ne soient pas indemnisés du préjudice financier ou autre découlant de l'instance pénale même si ce préjudice peut être important. [Je souligne; par. 56, 59 et 65.]

[56] Dans l'arrêt *Pacific*, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la juge Ryan a fait remarquer :

[TRADUCTION] . . . l'examen de la [*Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*] doit tenir compte d'une pratique de longue date en matière pénale, à savoir que les personnes prenant part à une instance n'ont pas droit au remboursement de leurs dépenses, sauf circonstances exceptionnelles. Les témoins et les jurés ne sont pas indemnisés du manque à gagner imputable à leur participation forcée à l'instance criminelle. Les témoins qui déposent des documents devant servir lors du procès ne sont pas indemnisés des frais engagés pour le faire [. . .] [I]l en est ainsi parce que le système de justice criminelle sert le bien commun, de sorte que la société demande aux citoyens de contribuer à son bon fonctionnement. [par. 54]

[57] L'obligation civique fondamentale considérée dans ces affaires trouve son expression dans plusieurs lois. Par exemple, les art. 487.01 et 487.02 du *Code criminel* ne prévoient pas d'indemnisation pour la personne qui se conforme à un mandat général ou à une ordonnance d'assistance. En outre, l'ancien art. 83.28 du *Code criminel* prévoyait qu'un juge pouvait rendre une « ordonnance autorisant la recherche de renseignements » qui oblige la personne visée à se présenter devant lui à titre de témoin et à lui remettre les choses exigées, mais il ne prévoyait aucune indemnisation à cet égard. D'autres lois fédérales ou provinciales de nature réglementaire contraignent certaines personnes à

of compliance (aside from ordinary witness fees), such as the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 11, 12 and 30.11; *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 107; *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231 to 239; and the *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 144.

[58] On the other hand, there are provisions in the *Criminal Code* where courts are explicitly given jurisdiction to award costs:

- Sections 462.32(6) and 462.33(7), authorizing the seizure and restraint of proceeds of crime, which state that the issuing judge shall require an undertaking from the Attorney General of Canada for the payment of damages or cost, or both, in relation to the execution of the order;
- Section 708, which provides that a court may order the payment of costs incidental to the service of process in relation to a conviction for contempt;
- Section 809, which gives a summary conviction court the power to order such costs as it considers reasonable; and
- Section 839, which provides that orders of costs may be made in relation to summary conviction appeals.

[59] In the absence of a specific provision permitting the recovery of costs in the production order scheme, therefore, and in light of the legislative history, the *ex parte* procedural mechanisms set out in the legislation, and the principle that compensation is not ordinarily recoverable in criminal matters (*Foster*, at para. 56), I agree with Vaillancourt J. that s. 487.012(4) and (5) cannot be interpreted so broadly as to permit a judge to order compensation for compliance with production orders.

[60] I accept Telus' concern that because of the nature of its business, it will necessarily be the object of repeated production orders but, as an American court observed in connection with banks, another entity from whom requests for information are routinely sought, such requests are neither unanticipated nor aberrational:

témoigner ou à produire des documents sans pourvoir à leur indemnisation (hormis l'indemnité de témoin ordinaire) : p. ex., la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 11, 12 et 30.11, la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 107, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 231 à 239, et la *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 144.

[58] Par contre, certaines dispositions du *Code criminel* confèrent expressément au tribunal le pouvoir de statuer sur le paiement des frais :

- les paragraphes 462.32(6) et 462.33(7), qui autorisent la saisie et le blocage des produits de la criminalité, prévoient que le juge qui rend l'ordonnance doit exiger du procureur général du Canada un engagement à l'égard du paiement des dommages et des frais entraînés par l'exécution de l'ordonnance;
- l'article 708 dispose que le tribunal peut ordonner le paiement des frais résultant de la signification de tout acte judiciaire se rapportant à une condamnation pour outrage au tribunal;
- l'article 809 confère à la cour des poursuites sommaires le pouvoir d'adjuger et d'ordonner le paiement des frais qu'elle estime raisonnables;
- l'article 839 prévoit qu'une ordonnance peut être rendue quant aux frais relativement à un appel en matière de poursuite sommaire.

[59] Vu l'absence, donc, d'une disposition permettant précisément le recouvrement des frais d'obtempération et compte tenu de l'historique législatif, de la procédure *ex parte* établie dans la loi et du principe selon lequel il n'y a habituellement pas d'indemnisation en matière criminelle (*Foster*, par. 56), je conviens avec le juge Vaillancourt qu'on ne saurait interpréter les par. 487.012(4) et (5) de manière si large que le juge puisse ordonner l'indemnisation de la personne qui obtempère à une ordonnance de communication.

[60] Telus a raison d'affirmer que la nature de son entreprise l'expose nécessairement à faire régulièrement l'objet d'ordonnances de communication. Mais comme un tribunal américain l'a fait observer dans le cas des banques, qui sont elles aussi couramment appelées à communiquer des renseignements, ces démarches ne sont ni imprévues ni insolites :

Any further expenses incurred in connection with this investigation and examination of these records, such as the salary of employees that may be necessarily assigned to this project, are expenses to be borne by the bank. . . . They are reasonably incident to the bank's normal operations, and they are reasonable expenses that the bank can be and should be prepared to sustain when it opens and operates as a bank, knowing full well that some of its depositors will from time to time get investigated by the Internal Revenue Service.

(*U.S. v. Jones*, 351 F. Supp. 132 (M.D. Ala. 1972), *per* Johnson C.J., at p. 134)

[61] The object of an unreasonable production order is not without remedy. It lies in an application for an exemption pursuant to s. 487.015, the applicable portions of which are repeated here:

487.015 (1) [Application for exemption] A person named in an order made under section 487.012 and a financial institution, person or entity named in an order made under section 487.013 may, before the order expires, apply in writing to the judge who issued the order, or a judge of the same territorial division as the judge or justice who issued the order, for an exemption from the requirement to produce any document, data or information referred to in the order.

While there are three possible grounds for an exemption under s. 487.015(4), only para. (*b*) is engaged in this case, namely that a judge may grant an exemption if satisfied that

it is unreasonable to require the applicant to produce the document, data or information;

[62] The authority given to a judge is limited to granting "an exemption from the requirement to produce any document, data or information referred to in the order". Exemption from compliance is the remedy Parliament has provided when a judge is satisfied that the burden of compliance is unreasonable. I agree with Vaillancourt J. when he says "there is no statutory power whereby a judge on an exemption hearing can make an order for compensation" (para. 40). To the extent that a judge hearing an exemption application considers the financial consequences of the order, it is in the context of determining whether to grant an exemption from full or partial compliance.

[TRADUCTION] Les frais supplémentaires engagés en liaison avec l'enquête et l'examen des documents, comme le salaire des employés affectés à cette tâche, sont à la charge de la banque [. . .] Ils ont un lien suffisant avec les activités normales de la banque et il s'agit de frais raisonnables que la banque peut ou devrait être disposée à supporter dans l'exercice de ses activités, sachant très bien que le fisc enquêtera de temps à autre sur certains de ses déposants.

(*U.S. c. Jones*, 351 F. Supp. 132 (M.D. Ala. 1972), le juge en chef Johnson, p. 134)

[61] La personne visée par l'ordonnance de communication n'est pas dépourvue de recours, car elle peut demander une exemption sur le fondement de l'art. 487.015, dont je reproduis le paragraphe applicable.

487.015 (1) [Demande d'exemption] Toute personne visée par l'ordonnance rendue en vertu de l'article 487.012 ou toute institution financière, personne ou entité visée par l'ordonnance rendue en vertu de l'article 487.013 peut, avant l'expiration de l'ordonnance, demander par écrit au juge qui l'a rendue ou à un autre juge de la circonscription territoriale du juge ou du juge de paix qui l'a rendue de l'exempter de l'obligation de communiquer la totalité ou une partie des documents, données ou renseignements demandés.

Le paragraphe 487.015(4) énonce trois motifs d'exemption, mais seul celui prévu à l'al. *b*) s'applique en l'espèce :

b) il serait déraisonnable d'obliger l'intéressé à communiquer les documents, données ou renseignements;

[62] Le juge qui entend la demande est seulement autorisé à « exempter [l'intéressé] de l'obligation de communiquer la totalité ou une partie des documents, données ou renseignements demandés ». C'est la mesure pour laquelle a opté le Parlement pour le cas où le juge serait convaincu du caractère déraisonnable de l'obligation créée par l'ordonnance. Je conviens avec le juge Vaillancourt que [TRADUCTION] « la loi ne confère nullement au juge saisi d'une demande d'exemption le pouvoir d'ordonner une indemnisation » (par. 40). Lorsque le juge se penche sur les répercussions financières de l'ordonnance c'est pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une exemption totale ou partielle.

[63] Parliament has thereby acknowledged that production orders potentially represent an unreasonable burden, but expressed its intention that there be an exemption from such orders rather than an order for compensation for compliance with them. This is not to say, however, that although a judge cannot make compensation a term of the order, the parties cannot make their own arrangements in the face of a likely finding of unreasonableness. The Ontario Crown accepted that possibility in its factum when it observed:

> If an exemption is ordered because the costs of complying with a production order cause undue financial hardship, the decision as to how to proceed at that point belongs to the police. They may decide to forego the evidence, or they may *agree* to compensate the target and obtain the evidence, despite the budgetary impact that may have. Thus, the police retain control over the evidence gathering process. No evidence is lost. [Emphasis in original; para. 49.]

[64] As earlier noted, it is the reasonableness of the *financial* burden of compliance about which the parties argued in this case. The Crowns and the Chiefs of Police argued that "unreasonable" in this context requires application of a standard of "undue hardship". Each interprets that phrase slightly differently. Quebec, for example, argued that it would only be met in circumstances nearing an abuse of process. According to British Columbia, an applicant should be required to show near irreparable harm. The Canadian Bankers Association, on the other hand, proposed a standard of "considerable adversity". Telus proposed a significantly lower threshold, one triggered almost automatically for those who are the frequent objects of production orders.

[65] Vaillancourt J. rejected the proposed standard of "undue hardship" and adopted instead a threshold which was met when "the expenditure is significant to [the applicant's] financial health" (para. 96).

[63] Le législateur a donc reconnu que l'ordonnance de communication pouvait imposer un fardeau déraisonnable, mais il a exprimé l'intention qu'il y ait alors exemption, et non une ordonnance d'indemnisation. Toutefois, même si le juge ne peut faire de l'indemnisation l'une des conditions de l'ordonnance de communication, les parties peuvent convenir de certaines mesures lorsque l'obligation imposée sera vraisemblablement jugée déraisonnable. Le ministère public ontarien le concède d'ailleurs dans son mémoire :

> [TRADUCTION] Lorsque l'exemption est accordée parce que l'obtempération à l'ordonnance de communication inflige une contrainte financière excessive, il appartient au service de police de décider de la suite. Il peut renoncer à l'élément de preuve ou *convenir* d'indemniser l'intéressé et obtenir l'élément malgré les conséquences financières que cela peut avoir. La police demeure donc maître de la constitution de la preuve, et aucun élément n'est perdu. [Souligné dans l'original; par. 49.]

[64] Rappelons que les parties font valoir en l'espèce le caractère raisonnable ou déraisonnable du fardeau *financier* qu'impose le respect de l'ordonnance. Les ministères publics et les chefs de police soutiennent que dans ce contexte, le terme « déraisonnable » commande l'application du critère de la « contrainte excessive », mais chacun interprète cette expression de manière légèrement différente. Par exemple, le procureur général du Québec prétend qu'il n'y a contrainte excessive que lorsque les circonstances s'apparentent à l'abus de procédure, tandis que pour celui de la Colombie-Britannique, le demandeur doit prouver qu'il subirait un préjudice pratiquement irréparable. L'Association des banquiers canadiens préconise pour sa part l'application du critère de la [TRADUCTION] « situation très préjudiciable ». Telus met de l'avant un critère beaucoup moins strict auquel satisferaient presque automatiquement ceux qui font souvent l'objet d'ordonnances de communication.

[65] Le juge Vaillancourt a écarté le critère de la « contrainte excessive » pour retenir plutôt celui du [TRADUCTION] « coût qui compromet [l]a santé financière [du demandeur] » (par. 96).

[66] I agree with Vaillancourt J. that there is no need to adopt an "undue hardship" standard. I see no reason to embellish the statutory language. The standard chosen by the legislature — unreasonableness — is a familiar one in law. La Forest J. observed: "'Reasonable' is a flexible criterion that permits adjustments to different situations" (*B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 92). And in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4, McLachlin C.J., writing for the majority, explained:

> . . . the law has long used reasonableness to delineate areas of risk, without incurring the dangers of vagueness. . . . The criminal law also relies on it. The *Criminal Code* expects that police officers will know what constitutes "reasonable grounds" for believing that an offence has been committed, such that an arrest can be made (s. 495); that an individual will know what constitutes "reasonable steps" to obtain consent to sexual contact (s. 273.2(*b*)); and that surgeons, in order to be exempted from criminal liability, will judge whether performing an operation is "reasonable" in "all the circumstances of the case" (s. 45). These are merely a few examples; the criminal law is thick with the notion of "reasonableness".
>
> The reality is that the term "reasonable" gives varying degrees of guidance, depending upon the statutory and factual context. [paras. 27-28]

[67] In essence, the financial consequences must be so burdensome that it would be unreasonable in the circumstances to expect compliance. This, I readily acknowledge, is a somewhat tautological explanation, but I see no purpose in offering alternative definitions for a term so well known and understood as having a fact-specific compass. What is reasonable will be informed by a variety of factors, including the breadth of the order being sought, the size and economic viability of the object of the order, and the extent of the order's financial impact on the party from whom production is sought. Where the party is a repeated target

[66] Je partage l'avis du juge Vaillancourt qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer le critère de la « contrainte excessive ». Je ne vois aucune raison d'ajouter au texte de loi. Le critère retenu par le législateur — le caractère « déraisonnable » — est courant en droit. Dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, le juge La Forest a fait remarquer que « [l]e caractère "raisonnable" est un critère souple qui permet de s'ajuster aux différentes situations » (par. 92). Dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, la juge en chef McLachlin a précisé ce qui suit au nom des juges majoritaires :

> . . . le droit recourt depuis longtemps au caractère raisonnable pour délimiter des sphères de risque, sans pour autant tomber dans le piège de l'imprécision. [. . .] Le droit criminel y recourt également. Selon le *Code criminel*, les policiers sont censés savoir ce qui constitue des « motifs raisonnables » de croire qu'une infraction a été commise, de manière à pouvoir effectuer une arrestation (art. 495), une personne est censée savoir quelles « mesures raisonnables » sont requises pour obtenir le consentement à un contact sexuel (al. 273.2*b*)), et, afin d'échapper à toute responsabilité pénale, les chirurgiens sont censés déterminer s'il est « raisonnable » de pratiquer une opération compte tenu de « toutes les [. . .] circonstances de l'espèce » (art. 45). Ce ne sont là que quelques exemples; le droit criminel est imprégné de la notion de « caractère raisonnable ».
>
> En réalité, le terme « raisonnable » offre plus ou moins d'indications, selon le contexte législatif et factuel. [par. 27-28]

[67] Essentiellement, les conséquences financières doivent être importantes au point de rendre l'obligation déraisonnable dans les circonstances. Cette explication, je l'ai déjà reconnu, tient quelque peu de la tautologie, mais il n'y a pas lieu de définir autrement une notion aussi courante et dont la portée est tributaire des faits. Le caractère raisonnable dépend de divers éléments, dont la portée de l'ordonnance demandée, la taille et la situation financière de la personne visée et l'ampleur des conséquences financières de la communication pour cette même personne. Lorsque la personne visée fait fréquemment l'objet d'ordonnances de

of production orders, the cumulative impact of multiple orders may also be relevant.

[68] In this case, the parties argued the application of the test of "unreasonableness" using the annual costs of compliance to Telus, not just the cost of the two specific production orders. Vaillancourt J. found that the annual estimated cost of Telus' compliance with production orders fell within a range of $400,000 to $800,000. Based on the figures before him at the hearing, he projected an annual cost to Telus of $662,000 and found that this represented 0.058 percent of Telus' earnings before interest, taxes, depreciation and amortization, and 0.023 percent of Telus' operating revenue for 2004. This, as the Ontario Crown pointed out, is the equivalent of a person earning $100,000 a year having to spend up to $58 to comply with jury duty.

[69] Vaillancourt J.'s conclusion, based on the financial information before him, was, essentially, that Telus had not met its onus of satisfying him that the cost of compliance was unreasonable:

> I agree that a number in and of itself is not the determining fact when dealing with the issue of unreasonableness. Granted, $662,000 is not a mere bagatelle. However, the cost of compliance must be viewed in the context of the overall impact that figure has on a corporation's total financial picture. In the circumstances of this application, I find that the expenditure is of no particular great moment.
>
> . . .
>
> . . . A court must consider the actual expense to the third party. This amount must be considered in light of the overall fiscal health of the third party. . . . [A]n applicant must show that there is a significant impact on the third party in all of the circumstances. The nature of [the] third party's business is also an underlying consideration. In the case at bar, the applicant certainly would have or should have been aware that the nature of its business leaves it open for production orders or like procedures. I have found that at this particular time, the applicant has not been so inconvenienced by the current production orders as to require the court to grant an exemption from the production orders. [paras. 97 and 118]

[70] I see no basis in this record for interfering with his conclusion. I agree with Vaillancourt J.

communication, l'effet cumulatif de celles-ci peut aussi être considéré.

[68] En l'espèce, les parties ont invoqué le caractère « déraisonnable » de l'obligation en se fondant sur le coût annuel supporté par Telus, et non sur le coût occasionné par les deux ordonnances en cause. Le juge Vaillancourt a estimé que ce coût annuel se situait entre 400 000 $ et 800 000 $. Au vu des chiffres présentés à l'audience, il l'a évalué à 662 000 $, ce qui représentait 0,058 % du bénéfice avant intérêt, impôt et amortissement et 0,023 % des produits d'exploitation de Telus pour 2004. Comme l'a souligné le ministère public de l'Ontario, c'est comme si une personne gagnant 100 000 $ par année devait débourser 58 $ pour accomplir son devoir de juré.

[69] Vu les données financières présentées, le juge Vaillancourt a essentiellement conclu que Telus n'avait pas réussi à le convaincre du caractère déraisonnable du coût d'obtempération :

> [TRADUCTION] Je conviens qu'un chiffre n'est pas en soi concluant pour trancher la question de la raisonnabilité. Une somme de 662 000 $ est assurément substantielle. Or, les frais d'obtempération doivent être considérés dans le contexte de leur effet global sur la situation financière de l'entreprise dans sa totalité. En l'espèce, je suis d'avis que ces frais ne sont pas si considérables.
>
> . . .
>
> . . . La cour doit prendre en considération le coût réel pour le tiers, au regard de la situation financière globale de ce dernier. [. . .] [L]e tiers demandeur doit prouver l'effet substantiel eu égard à toutes les circonstances. La nature de l'entreprise en cause importe aussi. Dans la présente affaire, il est certain que le demandeur devait ou aurait dû savoir, étant donné la nature de ses activités, qu'il était susceptible de faire l'objet d'ordonnances de communication ou d'ordonnances apparentées. Pour l'heure, je suis d'avis que les ordonnances de communication visées en l'espèce ne lui ont pas causé de difficultés telles que la cour doive l'exempter de l'obligation de s'y conformer. [par. 97 et 118]

[70] Le dossier ne révèle aucun élément justifiant de revenir sur cette conclusion. À l'instar du

that in these circumstances, Telus has not demonstrated that it would be unreasonable to require it to comply with the production orders.

[71] I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Burstein, Unger, Toronto; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen (Ontario): Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen (Canada): Department of Justice, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Québec.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Bankers Association: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

juge Vaillancourt, j'estime que Telus n'a donc pas démontré qu'il serait déraisonnable de l'obliger à obtempérer aux ordonnances de communication.

[71] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante : Burstein, Unger, Toronto; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine (Ontario) : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine (Canada) : Ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des banquiers canadiens : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Société de l'assurance automobile du Québec *Appellant*

v.

Yvan Cyr and 9052-0479 Québec Inc. (Centre de vérification mécanique de Montréal) *Respondents*

INDEXED AS: SOCIÉTÉ DE L'ASSURANCE AUTOMOBILE DU QUÉBEC *v.* CYR

Neutral citation: 2008 SCC 13.

File No.: 31657.

2007: October 18; 2008: March 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Administrative law — Procedural fairness — Distinction between private and public actions of public administration — SAAQ entering into contract with mechanical inspection centre to carry out, on its behalf, inspection of road vehicles and to issue certificates of mechanical inspection — Contract appendix designating centre employee as accredited mechanic for purposes of execution of contract — Appendix signed by SAAQ, centre and employee — Employee's accreditation subsequently revoked by SAAQ — Act respecting administrative justice requiring Quebec government bodies to comply with procedural fairness in their discretionary decision-making processes — Whether centre employee entitled to procedural fairness with respect to SAAQ's decision to revoke his accreditation — Whether relationship established by appendix between centre employee and SAAQ precluded application of principles of public law — Act respecting administrative justice, R.S.Q., c. J-3, s. 5 — Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2, s. 520.

Pursuant to s. 520 of the *Highway Safety Code* ("*HSC*"), the Société de l'assurance automobile du Québec ("SAAQ") entered into a contract with CVMM to carry out, on its behalf, the mechanical inspection of road vehicles. Appendix A-1 of the contract designated

Société de l'assurance automobile du Québec *Appelante*

c.

Yvan Cyr et 9052-0479 Québec Inc. (Centre de vérification mécanique de Montréal) *Intimés*

RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ DE L'ASSURANCE AUTOMOBILE DU QUÉBEC *c.* CYR

Référence neutre : 2008 CSC 13.

N° du greffe : 31657.

2007 : 18 octobre; 2008 : 28 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 QUÉBEC

Droit administratif — Équité procédurale — Distinction entre les actions privées et publiques d'une autorité publique — Contrat conclu par la SAAQ avec un centre de vérification mécanique pour qu'il effectue, pour son compte, la vérification des véhicules routiers et délivre des certificats de vérification mécanique — Employé du centre désigné comme mécanicien accrédité pour l'exécution du contrat dans une annexe du contrat — Annexe signée par la SAAQ, le centre et l'employé — Accréditation de l'employé révoquée ultérieurement par la SAAQ — Loi sur la justice administrative obligeant les ministères et organismes gouvernementaux québécois à agir conformément aux règles de l'équité procédurale dans les processus décisionnels qui relèvent de leur pouvoir discrétionnaire — L'employé du centre a-t-il droit au respect des règles d'équité procédurale dans le contexte de la décision de la SAAQ de révoquer son accréditation? — Le lien créé par l'annexe entre l'employé du centre et la SAAQ empêche-t-il l'application des principes de droit public? — Loi sur la justice administrative, L.R.Q., ch. J-3, art. 5 — Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2, art. 520.

La Société de l'assurance automobile du Québec (« SAAQ ») a conclu un contrat avec le CVMM, en application de l'art. 520 du *Code de la sécurité routière* (« *CSR* »), pour qu'il effectue, pour son compte, la vérification mécanique de véhicules routiers. L'annexe A-1

C, an employee of CVMM, as an "accredited mechanic" for the purpose of the SAAQ's vehicle inspection program and holds C to certain regulatory standards. C did not sign the contract but his signature and that of the SAAQ and CVMM appear on the appendix. Following notices of breach for failure to apply the appropriate standards during certain inspections, C's accreditation was revoked. As a result, he was unable to continue his employment with CVMM. C and CVMM filed a motion for judicial review, along with a motion for a suspension of the decision to revoke the accreditation. They argued that the revocation of C's accreditation was illegal because the decision had not been rendered in a manner consistent with the *Act respecting administrative justice* ("*AAJ*"). The Superior Court concluded that the actions of the SAAQ in sending the notices of breach and subsequent revocation of accreditation were an exercise of contractual rights and dismissed the application. The majority of the Court of Appeal set aside the decision, holding that C had the right to procedural fairness with respect to the SAAQ's decision to revoke his accreditation. The majority also held that the existence of a contract could not be used by the SAAQ to avoid the obligations codified by s. 5 of the *AAJ*, which applied to any unilateral decision taken pursuant to the administrative authority conferred by the *HSC*.

Held (Deschamps, Abella and Charron JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish and Rothstein JJ.: C is entitled to procedural fairness under s. 5 of the *AAJ*. C cannot be considered a party to the contract. C signed the appendix to acknowledge his acceptance of the regulatory standards applicable to his designation as an "accredited mechanic". While C, the SAAQ and CVMM have signed the appendix which defines C's obligations, under the contract, CVMM is the mandatary of the SAAQ, not C. C is an employee of CVMM. The relationship between C and the SAAQ is described in the contract as a "formal agreement" by which C is simply authorized to carry out CVMM's mandate. The agreement is clearly not a contract for services adopted pursuant to art. 2098 of the *Civil Code of Québec*. It is a mechanism under which C is appointed by the SAAQ subject to a number of conditions, including an employment contract with CVMM. This agreement is governed by public law in that C's designation as an accredited mechanic for the purposes of the SAAQ's mechanical inspection program constitutes an administrative authorization. Section 5 of the

du contrat désigne C, un employé du CVMM, comme « mécanicien accrédité » pour la mise en œuvre du programme de vérification de véhicules de la SAAQ et lui impose certaines normes réglementaires. C n'a pas signé le contrat, mais il a apposé sa signature sur l'annexe tout comme la SAAQ et le CVMM. Après que C a reçu des avis de manquement précisant qu'il n'avait pas appliqué les normes appropriées durant certaines vérifications, son accréditation a été révoquée. Dépossédé de son accréditation, C ne pouvait plus travailler pour le CVMM. C et le CVMM ont déposé une requête en révision judiciaire assortie d'une demande de sursis visant la décision de révoquer l'accréditation. Ils ont soutenu que la décision de la SAAQ de révoquer l'accréditation de C était illégale parce qu'elle n'avait pas été prise en conformité avec la *Loi sur la justice administrative* (« *LJA* »). La Cour supérieure a conclu que les mesures prises par la SAAQ, soit l'envoi d'avis de manquement et la révocation subséquente de l'accréditation, procédaient de l'exercice de droits contractuels et a rejeté la demande. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé cette décision, statuant que C avait droit au respect des règles de l'équité procédurale quant à la décision de la SAAQ de révoquer son accréditation. Ils ont aussi jugé que la SAAQ ne pouvait invoquer l'existence d'un lien contractuel pour s'affranchir des obligations, codifiées à l'art. 5 de la *LJA*, qui s'appliquent à toute décision unilatérale prise en sa qualité d'autorité administrative dans l'exercice d'un pouvoir que lui confère le *CSR*.

Arrêt (les juges Deschamps, Abella et Charron sont dissidentes) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish et Rothstein : C a droit au respect des règles d'équité procédurale prévues à l'art. 5 de la *LJA*. C ne peut être considéré comme une partie au contrat. C a signé l'annexe pour attester de son acceptation des normes réglementaires applicables à sa désignation comme « mécanicien accrédité ». Même si C, la SAAQ et le CVMM ont signé l'annexe qui définit les obligations de C, selon le contrat, c'est le CVMM et non C qui est mandataire de la SAAQ. C est un employé du CVMM. La relation entre C et la SAAQ est décrite, au contrat, comme « une entente formelle » l'habilitant uniquement à exécuter le mandat du CVMM. Il est clair que l'entente ne constitue pas un contrat de service au sens de l'art. 2098 du *Code civil du Québec* et qu'il s'agit plutôt d'un mécanisme employé par la SAAQ pour nommer C sous réserve de nombreuses conditions, dont celle de l'existence d'un contrat d'emploi avec le CVMM. Cette entente est régie par le droit public puisque la désignation de C comme mécanicien accrédité pour l'exécution du programme de vérification mécanique de la SAAQ

AAJ and its procedural requirements are applicable to the present matter because (1) the revocation of C's designation is a "decision concerning a permit or licence or other authorization of like nature", and (2) C is a "citizen" as contemplated by the *AAJ*. Delegations of government power are authorizations. In delegating to C the power to conduct vehicle inspections, the SAAQ was granting him the authorization to act on its behalf, as an employee of CVMM, in a manner that would otherwise contravene the law. That accreditation thus derives from the "police" powers of the state. The authorization in the present case is specifically provided for in s. 520 of the *HSC*. The legislative origin of the authorization further confirms its administrative nature. Not all acts of the SAAQ are subject to public law, but the act of authorization has specifically been deemed worthy of procedural fairness protection by the legislature. [26-29] [33-36] [42-43] [52]

Per Deschamps, Abella and Charron JJ. (dissenting): The *AAJ* does not apply to decisions of the SAAQ that affect C. The parties are bound by contract and the remedies available to them are governed by the rules of private law. A mechanic appointed under s. 520 of the *HSC* is authorized to conduct the mechanical inspection of road vehicles on the SAAQ's behalf. In every situation where a person acts as a mandatary of the SAAQ or is designated to act on its behalf, the *HSC* provides for no rules of procedural fairness. It can be seen from an analysis of the mechanisms established by the *HSC* that the legal rules applicable to mandataries of the SAAQ are those of private law, whereas the rules applicable to users are those of public law. [54] [56] [61] [64] [69] [91-92]

In the instant case, the documents signed by the parties govern the SAAQ's relationship with its mandataries. That relationship is a contractual one. The contract signed by the SAAQ and CVMM authorizes CVMM to act as a mandatary of the SAAQ. According to that contract, the appendixes, including Appendix A-1 concerning the appointment of the mechanic, form part of the contract, and it is clear that all those who signed that appendix, the SAAQ, CVMM and C, were aware that the appointment of the mechanic was not made independently of any contractual relationships. Appendix A-1 meets all the conditions for formation of a contract subject to the *Civil Code of Québec* and is an accessory contract to the contract between the SAAQ and CVMM. The mandate given to CVMM must be carried out by a natural person, and according to Appendix A-1, the accredited mechanic who conducts the mechanical inspection of road vehicles carries

constitue une autorisation administrative. L'article 5 de la *LJA* et ses exigences procédurales s'appliquent à la présente affaire puisque (1) la révocation de la désignation de C constitue une décision « portant sur un permis ou une autre autorisation de même nature », et (2) C est un « administré » au sens de la *LJA*. La délégation de pouvoirs gouvernementaux constitue une autorisation. En déléguant à C le pouvoir d'effectuer des vérifications mécaniques, la SAAQ l'habilitait à agir en son nom — en tant qu'employé du CVMM — d'une façon qui, autrement, contreviendrait à la loi. Son accréditation procédait donc des pouvoirs de « police » de l'État. En l'espèce, l'autorisation est expressément prévue à l'art. 520 du *CSR*. L'origine législative de l'autorisation en confirme encore davantage la nature administrative. Tous les actes de la SAAQ ne relèvent pas du droit public, mais le législateur a jugé que le processus d'autorisation méritait spécifiquement d'être protégé par les règles d'équité procédurale. [26-29] [33-36] [42-43] [52]

Les juges Deschamps, Abella et Charron (dissidentes) : La *LJA* ne s'applique pas aux décisions de la SAAQ touchant C. Les parties sont liées par contrat et les recours qui leurs sont ouverts sont régis par le droit privé. Un mécanicien nommé en vertu de l'art. 520 du *CSR* est autorisé à effectuer pour le compte de la SAAQ la vérification mécanique des véhicules routiers. Dans tous les cas où une personne agit comme mandataire de la SAAQ ou est désignée pour agir en son nom, aucune règle d'équité procédurale n'est prévue par le *CSR*. L'analyse des mécanismes mis en place par le *CSR* indique que le régime juridique applicable aux mandataires de la SAAQ est le droit privé alors que celui applicable aux usagers est le droit public. [54] [56] [61] [64] [69] [91-92]

En l'espèce, les documents signés par les parties régissent la relation de la SAAQ avec ses mandataires. Cette relation est de nature contractuelle. Le contrat signé par la SAAQ et le CVMM confère à cette dernière l'autorisation d'agir comme mandataire de la SAAQ. Selon ce contrat, les annexes, y compris l'annexe A-1 relative à la désignation du mécanicien, font partie du contrat, et il est clair que les parties signataires de cette annexe, soit la SAAQ, le CVMM et C, étaient conscientes que la désignation du mécanicien ne constituait pas une nomination indépendante de tout rapport contractuel. Cette annexe remplit toutes les conditions de formation d'un contrat régi par le *Code civil du Québec* et constitue un contrat accessoire à celui conclu entre la SAAQ et le CVMM. Le mandat confié à CVMM doit être réalisé par une personne physique et, selon les termes de l'annexe A-1, le mécanicien accrédité qui effectue la vérification mécanique réalise un « mandat ». Le mécanicien

out a "mandate". The rules applicable to the mechanic appointed in Appendix A-1 are therefore not different from those applicable to CVMM. [56] [70-71] [73] [75]

Since the SAAQ chose to use a contract to appoint the persons authorized to conduct the mechanical inspection of road vehicles on its behalf, the rights and obligations of the parties are governed by the contract. There is no provision of the *HSC* that justifies resorting to the rules of public law in addition to the rules of contract law, nor is there any principle of administrative law that justifies requiring that the rules of public law be applied in addition to those of contract law. The contract between the SAAQ and CVMM sets out the conditions for resiliating or suspending the mandate, and Appendix A-1 provides that the conditions for interrupting the contract apply to the appointment. The SAAQ gave C several warnings concerning breaches that appear to have been serious. If the SAAQ has not complied with the rules for interrupting the contract, all the remedies provided for in the *Civil Code of Québec* and the *Code of Civil Procedure* are available to C. There is no deficiency that would justify imposing rules of procedural fairness where C is protected by a contract and by the rules of the law of contract. [56] [70] [91]

Cases Cited

By Bastarache J.

Referred to: *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, [2003] 2 S.C.R. 624, 2003 SCC 58; *Desrochers v. Canada (Industry)*, [2007] 3 F.C.R. 3, 2006 FCA 374; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Reilly v. The King*, [1934] A.C. 176.

By Deschamps J. (dissenting)

Attorney General of Quebec v. Labrecque, [1980] 2 S.C.R. 1057; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, 2008 SCC 9; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting administrative justice, R.S.Q., c. J-3, ss. 2, 4, 5.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1385, 2098, 2130.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 846.
Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2, ss. 1, 9, 69.1, 81-82, 162, 520, 520.2, 521, 538, 538.0.1, 543.13, 543.2, 543.3.1, 543.3.2, 546, 546.1, 547-555, 557, 560, 624, 628.1, 629.

désigné en vertu de l'annexe A-1 n'est donc pas régi par des règles différentes de celles applicables à CVMM. [56] [70-71] [73] [75]

La SAAQ ayant choisi la voie contractuelle pour nommer les personnes autorisées à effectuer pour son compte la vérification mécanique des véhicules routiers, les droits et obligations des parties sont donc régis par le contrat. Aucune disposition du *CSR* ne justifie de recourir aux règles du droit public en sus des règles du droit des contrats et aucune règle de droit administratif ne justifie d'imposer l'application des règles du droit public en sus de celles du droit des contrats. Le contrat liant la SAAQ et le CVMM prévoit les conditions de résiliation et de suspension du mandat et l'annexe A-1 rend applicables à la désignation les conditions d'interruption du contrat. En l'espèce, la SAAQ a donné de nombreux avis à C concernant des manquements qui paraissent graves. Si la SAAQ n'a pas respecté les règles applicables à l'interruption du contrat, C dispose en effet de tous les recours prévus par le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile*. Il n'y a aucune lacune qui justifierait d'imposer des règles d'équité procédurale alors que C est protégé par un contrat et par les règles du droit des contrats. [56] [70] [91]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, [2003] 2 R.C.S. 624, 2003 CSC 58; *Desrochers c. Canada (Industrie)*, [2007] 3 R.C.F. 3, 2006 CAF 374; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Reilly c. The King*, [1934] A.C. 176.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

Procureur général du Québec c. Labrecque, [1980] 2 R.C.S. 1057; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, 2008 CSC 9; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1385, 2098, 2130.
Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2, art. 1, 9, 69.1, 81-82, 162, 520, 520.2, 521, 538, 538.0.1, 543.13, 543.2, 543.3.1, 543.3.2, 546, 546.1, 547-555, 557, 560, 624, 628.1, 629.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 846.
Loi sur la justice administrative, L.R.Q., ch. J-3, art. 2, 4, 5.

Authors Cited

Garant, Patrice. *Droit administratif*, 5e éd. rev. et corr. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2004.

Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives*, 2e éd. rev. et augm. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.

Lemieux, Denis. *Justice administrative — Loi annotée*, éd. rév. Brossard, Qué.: Publications CCH, 2001.

Longtin, Marie José. "La réforme de la justice administrative: genèse, fondements et réalités". Dans *Actes de la XIIIe Conférence des juristes de l'État*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Baudouin, Doyon and Giroux JJ.A.), [2006] R.J.Q. 1743, [2006] Q.J. No. 6840 (QL), 2006 QCCA 932, reversing a decision of Chabot J., [2005] R.J.Q. 463, 29 Admin. L.R. (4th) 74, [2004] Q.J. No. 11871 (QL). Appeal dismissed, Deschamps, Abella and Charron JJ. dissenting.

Julie Baril and *Josée Goupil*, for the appellant.

Guy Régimbald, for the respondents.

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

BASTARACHE J. —

1. Introduction

[1] This appeal raises the issue of distinguishing between the private and public actions of a public authority, the Société de l'assurance automobile du Québec ("SAAQ"), with a view to determining whether that public authority is subject to ss. 2, 4 and 5 of the *Act respecting administrative justice*, R.S.Q., c. J-3 ("*AAJ*"), in its dealings with the respondent Yvan Cyr, who was designated as an "accredited mechanic" under s. 520 of the *Highway Safety Code*, R.S.Q., c. C-24.2 ("*HSC*"). More generally, the Court has to decide whether the SAAQ has insulated itself from the requirements of administrative law by implementing a contract-based scheme to meet its statutory duties.

Doctrine citée

Garant, Patrice. *Droit administratif*, 5e éd. rev. et corr. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004.

Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives*, 2e éd. rev. et augm. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.

Lemieux, Denis. *Justice administrative — Loi annotée*, éd. rév. Brossard, Qué. : Publications CCH, 2001.

Longtin, Marie José. « La réforme de la justice administrative : genèse, fondements et réalités ». Dans *Actes de la XIIIe Conférence des juristes de l'État*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Baudouin, Doyon et Giroux), [2006] R.J.Q. 1743, [2006] J.Q. nº 6840 (QL), 2006 QCCA 932, qui a infirmé une décision du juge Chabot, [2005] R.J.Q. 463, 29 Admin. L.R. (4th) 74, [2004] J.Q. nº 11871 (QL). Pourvoi rejeté, les juges Deschamps, Abella et Charron sont dissidentes.

Julie Baril et *Josée Goupil*, pour l'appelante.

Guy Régimbald, pour les intimés.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish et Rothstein rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi, il s'agit de faire la distinction entre les actions privées et publiques d'une autorité publique, en l'occurrence la Société de l'assurance automobile du Québec (« SAAQ »), afin de déterminer si les art. 2, 4 et 5 de la *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., ch. J-3 (« *LJA* »), régissait les rapports de la SAAQ avec l'intimé Yvan Cyr, qui avait été nommé « mécanicien accrédité » en vertu de l'art. 520 du *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., ch. C-24.2 (« *CSR* »). De façon plus générale, la Cour doit établir si la SAAQ s'est soustraite aux exigences du droit administratif en mettant en place un régime contractuel pour s'acquitter de ses obligations légales.

2. Facts

[2] This appeal arises from a motion to dismiss by the appellant, the SAAQ, in response to a motion for a suspension of proceedings and a motion for judicial review filed by the respondents Yvan Cyr and 9052-0479 Québec Inc. (Centre de vérification mécanique de Montréal) ("CVMM" or "mandatary corporation").

[3] Pursuant to s. 520 of the *HSC*, the SAAQ has an exclusive jurisdiction in Quebec to ensure the mechanical safety of certain road vehicles — including vehicles of public utility, such as buses and minibuses, taxis, and driving school vehicles (s. 521 of the *HSC*) — through mechanical inspections and the issuance of compliance certificates. Section 520 provides:

520. The Société shall have exclusive jurisdiction to carry out the mechanical inspection of road vehicles and to issue certificates of mechanical inspection and inspection stickers. For that purpose, the Société may, on the conditions it determines, appoint persons authorized to carry out, on its behalf, the inspection of the road vehicles it determines and authorize those persons to issue certificates of mechanical inspection and inspection stickers in respect of those vehicles.

As can be seen, s. 520 grants the SAAQ a wide discretion as to how to meet its statutory duty. The SAAQ chose to fulfill this duty by entrusting the inspections to private parties through a system of contracts of appointments coupled with professional accreditations.

2.1 *The Contract*

[4] Pursuant to s. 520, the SAAQ entered into a contract with the respondent CVMM. By necessity, this contract requires actual natural persons capable of carrying out the inspections. Appendix A-1 of the contract ("Appendix"), signed by CVMM, the SAAQ, and Mr. Cyr, an employee of CVMM, designates Mr. Cyr as an "accredited mechanic" for the purpose of vehicle inspections and holds Mr. Cyr to certain regulatory standards.

2. Les faits

[2] Le pourvoi fait suite à une requête en irrecevabilité déposée par l'appelante, la SAAQ, en réponse à une demande de sursis et à une requête en révision judiciaire des intimés, Yvan Cyr et 9052-0479 Québec Inc. (Centre de vérification mécanique de Montréal) (« CVMM » ou « société mandataire »).

[3] L'article 520 du *CSR* attribue à la SAAQ la compétence exclusive de veiller, au Québec, à la sécurité de certains véhicules routiers — y compris des véhicules d'utilité publique comme les autobus, minibus, taxis et véhicules d'écoles de conduite (art. 521 du *CSR*) — en effectuant des vérifications mécaniques et en délivrant des certificats de conformité. L'article 520 prévoit :

520. La Société a compétence exclusive pour effectuer la vérification mécanique des véhicules routiers et pour délivrer des certificats de vérification mécanique et des vignettes de conformité. À cette fin, elle peut, aux conditions qu'elle établit, nommer des personnes autorisées à effectuer, pour son compte, la vérification des véhicules routiers qu'elle détermine et autoriser ces personnes à délivrer à l'égard de ces véhicules des certificats de vérification mécanique et des vignettes de conformité.

Cet article confère donc à la SAAQ un vaste pouvoir discrétionnaire quant à la façon dont elle satisfait à son obligation légale. En l'occurrence, elle a décidé de s'en acquitter en confiant les vérifications à l'entreprise privée selon un régime contractuel de nominations assorties d'accréditations professionnelles.

2.1 *Le contrat*

[4] La SAAQ a conclu un contrat avec l'intimé, le CVMM, en application de l'art. 520. L'exécution de ce contrat suppose nécessairement le recours à des personnes physiques capables d'effectuer les vérifications. L'annexe A-1 du contrat, signée par le CVMM, la SAAQ et M. Cyr, un employé du CVMM, désigne M. Cyr comme « mécanicien accrédité » pour la vérification des véhicules et lui impose certaines normes réglementaires.

[5] The body of the contract, signed only by the SAAQ and CVMM, primarily addresses the relationship between those two parties, but also addresses the relationship with mechanics themselves through discussion of the mandatary corporation's responsibilities with regard to them.

[6] Clause 10.1 of the contract specifies that the mandatary corporation is responsible for the hiring of competent personnel to perform the contract. Clause 10.3 of the contract requires that the mandatary corporation obtain the SAAQ's consent when replacing mechanics accredited for the purposes of the mechanical inspection program. The contract also specifies that mechanics must pass an exam offered by the SAAQ. The mechanics must further receive training from the SAAQ and sign the written engagement found in the Appendix.

[7] Article 11 of the contract is titled [TRANSLATION] "Obligations of accredited mechanics". Clause 11.1 requires that only those mechanics accredited by the SAAQ be assigned to the mechanical inspection program. Clause 11.2 further stipulates that accredited mechanics must conduct vehicle inspections pursuant to the policies and procedures defined in the "Guide du mandataire" (Mandatary's Guide) as periodically modified by the SAAQ. The mechanic must also conform to all other directives and norms created by the SAAQ which were transmitted to him or her, as well as all other obligations established in the *HSC*, the Mechanical Inspection Guide, the "Guide du mandataire" and the contract itself.

[8] Articles 6, 7 and 8 of the contract address the suspension and resiliation. While the contract acknowledges that a breach of contract may arise due to an action of a mechanic, the steps provided for in the event of such an occurrence apply strictly to the mandatary corporation.

[9] As noted above, the Appendix designates Cyr as an accredited mechanic for the purposes of the execution of the contract established with CVMM. The duration of designation is stipulated as being the same as that of the contract, subject

[5] Le corps du contrat, signé uniquement par la SAAQ et le CVMM, porte principalement sur la relation entre ces deux parties, mais il traite également des relations avec les mécaniciens dans des clauses relatives aux responsabilités de la société mandataire à leur égard.

[6] La clause 10.1 du contrat stipule que la société mandataire doit engager du personnel compétent pour exécuter le contrat. La clause 10.3 l'oblige à obtenir le consentement de la SAAQ pour remplacer les mécaniciens accrédités pour l'exécution du programme de vérification mécanique. Le contrat exige aussi que les mécaniciens réussissent l'examen administré par la SAAQ, suivent la formation donnée par la SAAQ et signent l'engagement écrit figurant dans l'annexe A-1.

[7] L'article 11 du contrat est intitulé « Obligations des mécaniciens accrédités ». La clause 11.1 dispose que seuls les mécaniciens accrédités par la SAAQ peuvent être affectés au programme de vérification mécanique. La clause 11.2 précise, en outre, que la vérification doit être effectuée conformément aux politiques et procédures établies dans le *Guide du mandataire*, lesquelles sont modifiées périodiquement par la SAAQ. Les mécaniciens doivent également observer les autres directives et normes de la SAAQ qui leur sont transmises et respecter toute autre obligation inscrite dans le *CSR*, le *Guide de vérification mécanique*, le *Guide du mandataire* ou le contrat lui-même.

[8] Les articles 6, 7 et 8 concernent la suspension et la résiliation du contrat. Bien que le contrat reconnaisse qu'un manquement peut résulter d'un acte d'un mécanicien, les mesures prévues en pareil cas ne touchent que la société mandataire.

[9] Comme nous l'avons vu précédemment, l'annexe A-1 désigne M. Cyr comme mécanicien accrédité pour l'exécution du contrat conclu avec le CVMM. Cette désignation vaut pour la durée du contrat et est assujettie aux mêmes conditions de

to the same conditions of renewal and suspension, so long as the mechanic remains an employee of CVMM. The Appendix further re-stipulates the obligations of accredited mechanics found at art. 11 of the main contract.

2.2 *Alleged Breach by Cyr*

[10] In November 2003, the SAAQ forwarded a notice of breach to Cyr, relating to an inspection that he had conducted. The notice informed Cyr that he had failed to apply the standards delineated in the Mechanical Inspection Guide. The notice further stipulated that in the event of subsequent breaches of the same nature, Cyr's accreditation could be revoked. In 2004, three other notices of breach were given to Cyr.

[11] On July 21, 2004, the SAAQ advised Cyr that his accreditation had been revoked. In its letter, the SAAQ did not refer to the contract or state that it had been terminated. Instead, the SAAQ informed Cyr that his accreditation as mechanic for the vehicle inspection program of the SAAQ had been revoked.

[12] As a result of the loss of his accreditation, Cyr was unable to continue his employment with CVMM.

[13] Counsel for the respondents Cyr and CVMM requested in writing that the decision to revoke Cyr's accreditation be reconsidered. The letter went unanswered. On August 2, 2004, the respondents brought a motion for judicial review before the Administrative Tribunal of Québec, which they subsequently withdrew following a motion for dismissal filed by the SAAQ. On August 19, 2004, the respondents filed a motion for judicial review in the Superior Court, along with a motion for a suspension of the decision to revoke Cyr's accreditation.

[14] It is worth noting that the SAAQ also terminated its contract with CVMM. This resiliation is being addressed in a separate case.

renouvellement et de suspension que le contrat, tant que le mécanicien demeure un employé du CVMM. Enfin, l'annexe A-1 réitère les « Obligations des mécaniciens accrédités » énumérées à l'art. 11 du contrat principal.

2.2 *Allégation de manquement de la part de M. Cyr*

[10] Au mois de novembre 2003, la SAAQ a transmis un avis de manquement à M. Cyr à l'égard d'une vérification qu'il avait effectuée. L'avis l'informait qu'il n'avait pas appliqué les normes prévues au *Guide de vérification mécanique* et que toute récidive risquait d'entraîner la révocation de son accréditation. En 2004, M. Cyr a reçu trois autres avis de manquement.

[11] La SAAQ a informé M. Cyr de la révocation de son accréditation dans une lettre datée du 21 juillet 2004. Cette lettre était muette quant au contrat et n'indiquait pas qu'il avait été résilié. La SAAQ informait plutôt M. Cyr que son accréditation comme mécanicien pour le programme de vérification mécanique de la SAAQ avait été révoquée.

[12] Dépossédé de son accréditation, M. Cyr ne pouvait plus travailler pour le CVMM.

[13] Les avocats de M. Cyr et du CVMM ont demandé par écrit la révision de la révocation. Leur lettre est restée sans réponse. Le 2 août 2004, les intimés ont intenté un recours en révision judiciaire devant le Tribunal administratif du Québec, mais s'en sont désistés à la suite d'une requête en irrecevabilité déposée par la SAAQ. Le 19 août 2004, les intimés ont déposé devant la Cour supérieure du Québec une requête en révision judiciaire assortie d'une demande de sursis visant la décision de révoquer l'accréditation de M. Cyr.

[14] Il convient de signaler que la SAAQ a également résilié le contrat qui la liait au CVMM. Cette résiliation fait l'objet d'une instance distincte.

3. Judicial History

3.1 *Superior Court of Quebec*, [2005] R.J.Q. 463

[15] The respondents argued that the decision of the SAAQ to revoke Cyr's accreditation was illegal because the decision had not been rendered in a manner consistent with the *AAJ*. The case was heard by Chabot J.

[16] Chabot J. first noted that nothing in the *AAJ* defined or limited the appointment power accorded to the SAAQ by s. 520. He therefore held that the SAAQ had complete discretion to establish conditions of appointment. The contract was the means through which this power was exercised.

[17] Pursuant to this finding, Chabot J. held that any remedy available to the respondent Cyr was to be found in the private law of contract, not in administrative law. He held that the actions of the SAAQ in sending the notices of breach and subsequent revocation of accreditation were an exercise of contractual rights, as opposed to any administrative power. Despite the status of the SAAQ as a public entity, its contract with Cyr originates not from its public nature, but from its role as contracting party. Consequently, Chabot J. held that the SAAQ was not subject to a duty of fairness. Any obligations owed by the SAAQ were defined in the contract.

[18] Chabot J. further rejected the application of this Court's decision in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, holding that the present relationship is purely contractual, as opposed to the contractual relationship incorporating certain aspects of public law in *Knight*.

3.2 *Quebec Court of Appeal*, [2006] R.J.Q. 1743, 2006 QCCA 932

[19] The majority at the Quebec Court of Appeal allowed the appeal, holding that the regime to which Cyr was subject incorporated aspects of public law and could not be considered to be purely

3. Historique des procédures judiciaires

3.1 *Cour supérieure du Québec*, [2005] R.J.Q. 463

[15] Devant le juge Chabot, les intimés ont soutenu que la décision de la SAAQ de révoquer l'accréditation de M. Cyr était illégale parce qu'elle n'avait pas été prise en conformité avec la *LJA*.

[16] Le juge a d'abord signalé qu'aucune disposition de la *LJA* ne précise ou ne restreint le pouvoir de nomination que l'art. 520 confère à la SAAQ. Il a donc conclu que la SAAQ avait entière discrétion pour assortir la nomination de conditions et qu'elle avait utilisé le contrat à cette fin.

[17] Cette conclusion a amené le juge Chabot à statuer que les recours dont pouvait se prévaloir M. Cyr relevaient du droit privé des contrats et non du droit administratif. Selon lui, l'envoi des avis de manquement par la SAAQ et sa décision subséquente de révoquer l'accréditation procédaient de l'exercice de droits contractuels, et non d'un pouvoir administratif. Bien que la SAAQ ait statut d'organisme public, l'exécution de son contrat avec M. Cyr ne découlait pas de cette qualité, mais de son rôle de partie contractante. Le juge a donc conclu que la SAAQ n'était pas soumise à l'obligation d'agir équitablement. Elle n'était tenue de respecter que les obligations prévues au contrat.

[18] En outre, pour le juge Chabot, l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, de notre Cour, ne s'appliquait pas parce que la relation en cause était purement contractuelle, par opposition à une relation contractuelle qui comporterait certains aspects de nature publique comme dans l'affaire *Knight*.

3.2 *Cour d'appel du Québec*, [2006] R.J.Q. 1743, 2006 QCCA 932

[19] Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont accueilli le pourvoi, statuant que le régime auquel M. Cyr était soumis comportait des aspects de droit public et qu'il ne pouvait être

contractual. Giroux J.A. (Doyon J.A. concurring) noted that s. 520 gave the SAAQ exclusive jurisdiction to carry out mechanical inspections. The task of conducting vehicle inspections is consistent with the "police" mission of the state. Section 520 establishes powers of appointment and authorization so that others may carry out the task that is otherwise exclusively within the competence of the SAAQ.

[20] Giroux J.A. noted that it was difficult to characterize the contractual relationship that, according to the SAAQ, existed between it and Cyr. He further observed that it would be difficult to view the Appendix as a contract of service between Cyr and the SAAQ pursuant to art. 2098 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, in light of the absence of autonomy of Cyr, who must, on top of respecting the requirements of his employer, CVMM, conform to the policies and procedures of the SAAQ. Furthermore, according to clause 9.9 of the contract, the respondent mandatary must assume all responsibility for the exercise of the activities described in the contract and is responsible for its directors, staff and representatives.

[21] The majority noted that not only is Cyr performing a function clearly defined in the *HSC*, but that his responsibilities under the scheme relate directly to the protection of the public. As such, the majority held that when Cyr conducted vehicle inspections, he held a public office of sorts. Consequently, the majority held that the relationship established between Cyr and the SAAQ by the Appendix did not preclude the application of the principles of public law, most notably that of procedural fairness.

[22] With respect to procedural fairness, the majority first applied this Court's test in *Knight* and found that Cyr did have a right to procedural fairness with respect to the SAAQ's decision to revoke his accreditation. The majority also held that the existence of a contract could not be used by the SAAQ to avoid the obligations codified

considéré comme de nature purement contractuelle. Le juge Giroux (avec l'accord du juge Doyon), signalant que l'art. 520 confère à la SAAQ la compétence exclusive d'effectuer des vérifications mécaniques, a indiqué que ces vérifications se rattachent à la mission de « police » de l'État. L'article 520 confère aussi des pouvoirs de nomination et d'autorisation afin que des tiers puissent accomplir ce qui, autrement, relèverait exclusivement de la compétence de la SAAQ.

[20] Le juge Giroux a signalé qu'il était difficile de qualifier l'entente contractuelle qui, selon la SAAQ, existait entre elle et M. Cyr. Il a également noté qu'il serait difficile de considérer l'annexe A-1 comme un contrat de service — au sens de l'art. 2098 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 — liant la SAAQ et M. Cyr, vu l'absence d'autonomie du mécanicien qui devait, en plus de respecter les exigences du CVMM, son employeur, se conformer aux politiques et procédures de la SAAQ. En outre, suivant la clause 9.9 du contrat, la société mandataire devait assumer l'entière responsabilité découlant de l'exercice des activités prévues au contrat et répondait de ses administrateurs, employés et représentants.

[21] Selon les juges majoritaires, non seulement M. Cyr exerçait des fonctions clairement définies par le *CSR*, mais les responsabilités qu'il assumait en application de ce régime se rattachaient directement à la protection du public. Ils ont donc conclu que, lorsqu'il procédait à une vérification mécanique, M. Cyr exerçait en quelque sorte une charge publique. Par conséquent, les juges ont statué que la relation établie entre M. Cyr et la SAAQ par l'annexe A-1 n'empêchait pas l'application des règles de droit public, notamment celles relatives à l'équité procédurale.

[22] À cet égard, les juges majoritaires ont d'abord appliqué le test élaboré dans l'arrêt *Knight* pour conclure que M. Cyr avait droit à ce que la décision de la SAAQ de révoquer son accréditation soit prise dans le respect des principes d'équité procédurale. Puis, ils ont jugé que la SAAQ ne pouvait invoquer l'existence d'un lien contractuel pour s'affranchir

by s. 5 of the *AAJ* which applied to any unilateral decision taken pursuant to the administrative authority conferred by the *HSC*. It would be up to the trial judge to decide whether or not the SAAQ had observed these requirements.

[23] Finally, on a question of procedure, the majority noted that art. 846 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, invoked by the respondents, was not the proper recourse in this case. Instead, the matter should proceed as a direct action in nullity.

[24] Baudouin J.A., dissenting, acknowledged that the SAAQ is a public entity and, in certain capacities, is clearly subject to the *AAJ*. However, in this case, he agreed with the trial judge that the performance of the contract derived from the SAAQ's capacity as a contracting party as opposed to as an administrative body. In revoking Cyr's accreditation, the SAAQ was merely exercising a right to resiliation which was permitted by the contract.

4. Analysis

[25] In an era of increased privatization of public services and the rise of public-private partnerships, this case provides an opportunity to consider whether a government body will avoid public law duties when delegating its functions by way of contract or other form of agreement.

4.1 *The Relationship Between Cyr and the SAAQ*

[26] Both Cyr and the SAAQ, as well as CVMM, have signed the Appendix which defines the obligations of Cyr in art. A-3. It must be noted, however, that the CVMM is the mandatary of the SAAQ, and not Cyr. The relationship between Cyr and the SAAQ is described in clause 4.1(h) of the main contract as [TRANSLATION] "a formal agreement" by which Cyr is authorized to carry

des obligations, codifiées à l'art. 5 de la *LJA*, qui s'appliquent à toute décision unilatérale prise en sa qualité d'autorité administrative dans l'exercice d'un pouvoir que lui confère le *CSR*. Ils ont conclu qu'il appartenait au juge de première instance de décider si la SAAQ s'était effectivement conformée à ces exigences.

[23] Enfin, les juges majoritaires se sont prononcés sur une question procédurale, en indiquant que le recours des intimés fondé sur l'art. 846 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, n'était pas le recours approprié et qu'ils devaient plutôt procéder par voie de « recours direct en nullité ».

[24] Le juge Baudouin, dissident, a reconnu que la SAAQ est un organisme public et que, dans l'exercice de certaines de ses fonctions, elle est clairement soumise à la *LJA*. Il souscrivait cependant à l'opinion du juge de première instance selon laquelle, en l'espèce, l'exécution du contrat relevait de sa qualité de partie contractante et non de son statut d'organe administratif. Selon lui, lorsqu'elle a révoqué l'accréditation de M. Cyr, la SAAQ ne faisait donc qu'exercer un droit de résiliation prévu au contrat.

4. Analyse

[25] À une époque où l'on privatise de plus en plus les services publics et où se multiplient les partenariats publics-privés, la présente affaire nous fournit l'occasion de déterminer si un organisme gouvernemental peut échapper à ses obligations de droit public lorsqu'il délègue ses fonctions au moyen d'un contrat ou d'une autre forme d'entente.

4.1 *La relation entre M. Cyr et la SAAQ*

[26] L'annexe A-1, dont l'art. A-3 énonce les obligations de M. Cyr, a été signée par lui et par la SAAQ, de même que par le CVMM. Il convient toutefois de signaler que c'est le CVMM et non M. Cyr qui est mandataire de la SAAQ. La relation entre M. Cyr et la SAAQ est décrite, à la clause 4.1h) du contrat principal, comme « une entente formelle » habilitant M. Cyr à exécuter le mandat du CVMM.

out CVMM's mandate. The employment relationship is between Cyr and CVMM (see art. 10 of the main contract). Cyr cannot be considered a party to the main contract. The Appendix incorporates portions of that contract by reference, but does not render Cyr a party to it.

[27] The agreement is clearly not a contract for services adopted pursuant to art. 2098 of the *Civil Code of Québec*. It is a mechanism under which Cyr is appointed by the SAAQ subject to a number of conditions including an employment contract with CVMM. I view the Appendix as a unilateral exercise of the power of appointment of the SAAQ, Cyr's signature simply being required because of the acknowledgment referred to in clause A-3.5.

4.2 *Application of Public Law and Section 5 of the AAJ*

[28] Given the relationship between Cyr and the SAAQ, defined in the "formal agreement", the question remains as to whether this instrument defines all aspects of the relationship between the two parties. In my opinion, it does not.

[29] The agreement is governed by public law because it constitutes an administrative authorization. This authorization and its subsequent revocation are subject to the *AAJ* and its procedural requirements.

[30] The *AAJ* was conceived as a codification of the principles of administrative law, in part derived from the case law of this Court. In his annotated version of the Act, M^{e} Denis Lemieux describes the relationship between the Act and the common law as follows (*Justice administrative — Loi annotée* (2001), at p. 71):

[TRANSLATION] The *Act respecting administrative justice* recognizes certain legal principles, such as the duty of fairness and respect for basic procedural safeguards.

Insofar as these principles were established and developed by the courts, the case law will continue to be used to determine the meaning and scope of the

C'est entre le CVMM et M. Cyr qu'il existe un lien d'emploi (voir l'art. 10 du contrat principal). M. Cyr ne peut être considéré comme une partie au contrat principal. L'annexe A-1, même si elle incorpore par renvoi des clauses de ce contrat, n'a pas pour effet de constituer M. Cyr partie au contrat.

[27] Il est clair que l'entente ne constitue pas un contrat de service au sens de l'art. 2098 du *Code civil du Québec* et qu'il s'agit plutôt d'un mécanisme employé par la SAAQ pour nommer M. Cyr sous réserve de nombreuses conditions, dont celle de l'existence d'un contrat d'emploi avec le CVMM. À mon avis, l'annexe A-1 est le fruit de l'exercice unilatéral d'un pouvoir de nomination de la SAAQ, la signature de M. Cyr ne devant y figurer qu'en raison de la prise de connaissance mentionnée à la clause A-3.5.

4.2 *Application du droit public et de l'art. 5 de la LJA*

[28] Compte tenu de la relation entre M. Cyr et la SAAQ décrite dans l'« entente formelle », il reste à déterminer si cet instrument décrit l'intégralité de la relation entre les deux parties. À mon avis, ce n'est pas le cas.

[29] Du fait qu'elle constitue une autorisation administrative, l'entente est régie par le droit public. Cette autorisation, et sa révocation subséquente, sont assujetties à la *LJA* et aux exigences procédurales qui y sont prévues.

[30] La *LJA* se veut une codification des principes du droit administratif, découlant en partie de la jurisprudence de notre Cour. Dans sa version annotée de la loi, M^{e} Denis Lemieux décrit comme suit le rapport entre la loi et la common law (*Justice administrative — Loi annotée* (2001), p. 71) :

La *Loi sur la justice administrative* reconnaît certains principes du droit, tels que le devoir d'agir équitablement et le respect de garanties procédurales fondamentales.

Dans la mesure où ces principes ont été établis et développés par la jurisprudence, on continuera d'utiliser celle-ci pour déterminer le sens et la portée des

provisions of the *Act respecting administrative justice* that came, in a way, to codify them.

In some cases, the Act provides guarantees that go beyond those required by the existing case law. This is true, for example, of the requirements that reasons be given for decisions and that a case be decided in a reasonable time. It would therefore be to the advantage of interested parties to rely on the wording of these provisions and to give them a liberal interpretation consistent with the general context of the Act and, more particularly, of its initial provision.

Where the *Act respecting administrative justice* and the related regulations and rules of procedure offer no solution on a given point, the general principles of administrative law can be applied to complement the legislature's work.

In the event of conflicts between the Act and a general legal principle, the Act will prevail.

[31] Lemieux does emphasize (at p. 72) that the *AAJ* remains subject to both the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12.

[32] The *AAJ* requires Quebec government departments and bodies to comply with procedural fairness in their discretionary decision-making processes. Section 5 describes the obligations with which an administrative authority must comply before making an unfavourable decision in respect of a citizen (*Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, [2003] 2 S.C.R. 624, 2003 SCC 58, at para. 26). The provision restates the requirement that the interested parties be given prior notice; it also sets out the right to present observations and produce documents concerning the proposed decision and reiterates that reasons must be given in support of the decision.

[33] Section 5 of the *AAJ* provides:

An administrative authority may not issue an order to do or not do something or make an unfavourable decision concerning a permit or licence or other authorization of like nature without first having

(1) informed the citizen of its intention and the reasons therefor;

(2) informed the citizen of the substance of any complaints or objections that concern him;

dispositions de la *Loi sur la justice administrative* qui sont venues en quelque sorte les codifier.

Dans certains cas, la loi offre des garanties qui vont au-delà de la jurisprudence actuelle. C'est le cas notamment pour l'exigence de la motivation des décisions et du délai raisonnable pour décider d'une affaire soumise. Les parties intéressées auraient alors avantage à se fonder sur le texte de ces dispositions, en leur donnant une interprétation libérale que permet le contexte général de la loi et plus particulièrement de sa disposition préliminaire.

Lorsque la *Loi sur la justice administrative* ainsi que les règlements et règles de pratique afférentes n'offriront pas de solution sur un point précis, on pourra avoir recours aux principes généraux du droit administratif pour compléter l'œuvre du législateur.

En cas de conflit entre la loi et un principe général du droit, c'est la loi qui aura préséance.

[31] M^e^ Lemieux insiste, à la p. 72, sur le fait que la *LJA* reste assujettie tant à la *Charte canadienne des droits et libertés* qu'à la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12.

[32] La *LJA* exige des ministères et organismes gouvernementaux québécois qu'ils agissent conformément aux règles de l'équité procédurale dans le contexte des processus décisionnels qui relèvent de leur pouvoir discrétionnaire. L'article 5 décrit les obligations auxquelles doit se conformer une autorité administrative avant de prendre une décision défavorable à un administré (*Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, [2003] 2 R.C.S. 624, 2003 CSC 58, par. 26). Cette disposition réitère l'exigence de l'avis préalable à l'administré. Elle rappelle aussi le droit de ce dernier de présenter des observations et des documents au sujet de la décision projetée et exige que cette dernière soit motivée.

[33] L'article 5 de la *LJA* est ainsi rédigé :

L'autorité administrative ne peut prendre une ordonnance de faire ou de ne pas faire ou une décision défavorable portant sur un permis ou une autre autorisation de même nature, sans au préalable :

1° avoir informé l'administré de son intention ainsi que des motifs sur lesquels celle-ci est fondée;

2° avoir informé celui-ci, le cas échéant, de la teneur des plaintes et oppositions qui le concernent;

(3) given the citizen the opportunity to present observations and, where necessary, to produce documents to complete his file.

An exception shall be made to such prior obligations if the order or the decision is issued or made in urgent circumstances or to prevent irreparable harm to persons, their property or the environment and the authority is authorized by law to reexamine the situation or review the decision.

[34] The applicability of this provision to the present matter has been argued to depend primarily on (a) whether the revocation of Cyr's designation constitutes an "unfavourable decision concerning a permit or licence or other authorization of like nature", and (b) whether Cyr is a "citizen" as contemplated by the Act.

4.2.1 Was the Revocation of Cyr's Accreditation a "Decision Concerning a Permit or Licence or Other Authorization of Like Nature"?

[35] As earlier mentioned, Cyr's designation as an accredited mechanic for the purposes of the SAAQ's mechanical inspection program constitutes an administrative authorization.

[36] In delegating to him the power to conduct vehicle inspections, the SAAQ was granting him the authorization to act on its behalf, as an employee of its mandatary, CVMM, in a manner that would otherwise contravene the law. That accreditation thus derives from the "police" powers of the state.

[TRANSLATION] Authorization relates to the government's policing activities. It consists in a permission, often subject to conditions, granted by the government to a natural or legal person, to perform an act or engage in an activity that would otherwise be unlawful. Requiring authorization of this act or activity by an administrative authority implies that the legislature considered it necessary, in the public interest, to limit the freedom of citizens in this regard.

(P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives* (2nd ed. 2002), at pp. 815-16 (emphasis deleted))

3° lui avoir donné l'occasion de présenter ses observations et, s'il y a lieu, de produire des documents pour compléter son dossier.

Il est fait exception à ces obligations préalables lorsque l'ordonnance ou la décision est prise dans un contexte d'urgence ou en vue d'éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé aux personnes, à leurs biens ou à l'environnement et que, de plus, la loi autorise l'autorité à réexaminer la situation ou à réviser la décision.

[34] On a fait valoir que l'applicabilité de cette disposition, en l'espèce, dépend essentiellement des questions de savoir a) si la révocation de la nomination de M. Cyr constitue une « décision défavorable portant sur un permis ou une autre autorisation de même nature », et b) si M Cyr est un « administré » au sens de la Loi.

4.2.1 La révocation de l'accréditation de M. Cyr était-elle une décision « portant sur un permis ou une autre autorisation de même nature »?

[35] J'ai déjà mentionné que la désignation de M. Cyr comme mécanicien accrédité pour l'exécution du programme de vérification mécanique de la SAAQ constitue une autorisation administrative.

[36] En lui déléguant le pouvoir d'effectuer des vérifications mécaniques, la SAAQ l'habilitait à agir en son nom — en tant qu'employé du CVMM, mandataire de la SAAQ — d'une façon qui, autrement, contreviendrait à la loi. Son accréditation procédait donc des pouvoirs de « police » de l'État.

L'autorisation relève des activités de police de l'administration. Elle consiste en effet en une permission, souvent assortie de conditions, donnée par l'administration à une personne physique ou morale, d'accomplir un acte ou d'exercer une activité qui serait sans cela illicite. L'assujettissement de cet acte ou de cette activité à l'autorisation d'une autorité administrative suppose que le législateur ait jugé nécessaire dans l'intérêt public de restreindre à cet égard la liberté des administrés.

(P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives* (2e éd. 2002), p. 815-816 (caractères gras omis))

[37] In this case, the activity which Cyr is authorized to engage in, inspecting vehicles, is otherwise illicit. This is evidenced by s. 538 of the *HSC* which provides that "[n]o person may issue a certificate of mechanical inspection or affix an inspection sticker to a road vehicle unless he is authorized for such purpose by the Société in accordance with section 520". Section 546 further provides that persons who contravene that section are guilty of an offence and liable to a fine of $300 to $600.

[38] Furthermore, as seen above, administrative authorizations are typically accompanied by conditions which much be observed. If the recipient of the authorization fails to observe these conditions, a common remedy is revocation:

[TRANSLATION] The punitive effect of such a decision resides in the loss, either temporary or definitive, of the possibility of carrying out the authorized activity and, consequently, of reaping the material benefits of doing so. However, punishing the offender is not the main goal here: the purpose of compelling the offender . . . to cease carrying out the activity is above all to safeguard the public interest that was in issue when the authorization scheme was implemented . . . .

(Issalys and Lemieux, at pp. 870-71)

This passage describes well what happened in this case.

[39] The reference to permits and licences in the legislation along with authorizations is apposite in this instance. In the context of a licence, the licensee will often have to agree to abide by the applicable terms and conditions before being granted the licence. Where the granting body is governmental, the awarding and revocation of licences is nevertheless subject to the principles of administrative law.

[40] The authorization given in this case is of a similar character.

[41] The Federal Court of Appeal recently affirmed that delegations of government power are authorizations in *Desrochers v. Canada (Industry)*, [2007] 3 F.C.R. 3, 2006 FCA 374, at para. 50:

[37] En l'espèce, l'acte que M. Cyr est autorisé à accomplir, soit de procéder à la vérification mécanique de véhicules, serait illégal sans l'autorisation. En fait foi l'art. 538 du *CSR*, aux termes duquel « [n]ul ne peut délivrer un certificat de vérification mécanique ou apposer une vignette de conformité sur un véhicule routier à moins d'être autorisé à cette fin par la Société conformément à l'article 520 ». De plus, l'art. 546 prévoit que quiconque contrevient à cette disposition commet une infraction et est passible d'une amende de 300 $ à 600 $.

[38] En outre, comme il en a été fait mention précédemment, les autorisations administratives sont habituellement assorties de conditions qui doivent être observées, généralement sous peine de révocation :

L'effet punitif réside alors dans la perte, temporaire ou définitive, de la possibilité de se livrer à l'activité autorisée et par conséquent d'en tirer des avantages matériels. La punition du contrevenant n'est cependant pas le principal but visé : en forçant [. . .] le contrevenant à interrompre son activité, il s'agit avant tout de préserver l'intérêt public qui a présidé à la mise en place du dispositif d'autorisation . . .

(Issalys et Lemieux, p. 870-871)

Cet extrait décrit bien ce qui s'est passé ici.

[39] En l'espèce, il est pertinent que la loi traite ensemble des permis et des autorisations. Dans le cas d'un permis, celui qui en fait la demande devra souvent s'engager à respecter les conditions applicables. S'il s'agit d'un permis qui émane d'un organisme gouvernemental, sa délivrance et sa révocation sont néanmoins régies par les principes du droit administratif.

[40] L'autorisation accordée en l'espèce est de nature similaire.

[41] La Cour d'appel fédérale a récemment statué que la délégation de pouvoirs gouvernementaux constitue une autorisation (*Desrochers c. Canada (Industrie)*, [2007] 3 R.C.F. 3, 2006 CAF 374, par. 50) :

[D]elegation ... and ratification are both modes of authorization. The *Nouveau Petit Robert* defines "*ratification*" as a confirmation or approval (*homologation*) and "*delegation*" as a mandate or power of attorney (*procuration*). Synonyms of "*authorization*", or having the same meaning as the verb "to authorize", are accreditation, confirmation, agreement, approval, consent, acceptance and permission. This applies as well to a partnership, which evokes the notion of agreement and hence of reciprocal authorization.

[42] The authorization in the present case is specifically provided for in s. 520 of the *HSC*, which provides the SAAQ with the ability to both appoint and authorize mandataries to act on its behalf. The legislative origin of the *AAJ* further confirms its administrative nature. It is also useful to look at the revocation letter sent by the SAAQ. The letter makes no reference to Cyr's obligations under the contract or the Appendix; instead, the SAAQ points out that Cyr's negligence would endanger public road safety. This should be contrasted with the letter in which the SAAQ terminates its contract with CVMM, and refers to its contractual right of termination.

[43] None of this is to suggest that all acts by the SAAQ are subject to public law. However, the act of authorization has specifically been deemed worthy of procedural fairness protection by the legislature and was thus made subject to s. 5 of the *AAJ*.

[44] I also note at this point that the characterization of Cyr's designation as an authorization in no way implies that he is a "public office holder", as argued by the respondents. While the mechanical inspection does involve some degree of delegated discretion, it is not the kind of responsibility discussed in this Court's decision in *Knight*. That decision is of no moment in this case, there being no "public office" and no contract of employment between the SAAQ and Cyr.

[45] In *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, Major J. explains, at para. 26:

Traditionally, the Crown's relationship with its servants was not characterized as contractual: *Lucas v. Lucas*, [1943] p. 68; *Washer v. British Columbia Toll*

[L]a délégation [. . .] ainsi que la ratification sont deux modes d'autorisation. Le *Nouveau Petit Robert* définit la « ratification » comme une confirmation ou une homologation et la « délégation » comme un mandat ou une procuration. Sont synonymes d'« autorisation » ou du sens du verbe « autoriser » l'accréditation, la confirmation, l'accord, l'approbation, le consentement, l'acceptation et la permission. Il en va de même du partenariat qui évoque la notion d'accord et donc d'autorisation réciproque.

[42] En l'espèce, l'autorisation est expressément prévue à l'art. 520 du *CSR*, qui habilite la SAAQ à nommer des mandataires et à les autoriser à agir pour son compte. L'origine législative de cette mesure en confirme encore davantage la nature administrative. La lettre de révocation envoyée par la SAAQ est également éclairante. Elle ne fait pas allusion aux obligations que le contrat ou l'annexe A-1 imposent à M. Cyr, mais plutôt au risque que sa négligence représenterait pour les usagers de la route. Cette lettre doit être distinguée de la lettre de résiliation envoyée par la SAAQ au CVMM pour mettre fin au contrat, dans laquelle la SAAQ invoque son droit contractuel de résiliation.

[43] Tous les actes de la SAAQ ne relèvent pas du droit public pour autant. Cependant, le législateur a jugé que le processus d'autorisation méritait spécifiquement d'être protégé par les règles d'équité procédurale. Il l'a donc assujetti à l'art. 5 de la *LJA*.

[44] À ce stade, il convient également de signaler que, contrairement à ce que prétendent les intimés, le fait de qualifier la nomination de M. Cyr d'autorisation ne fait pas de lui un « titulaire de charge publique ». Bien que la vérification mécanique implique l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire délégué, il ne s'agit pas du genre de responsabilité dont il était question dans l'arrêt *Knight* de notre Cour. Cet arrêt n'a aucune incidence en l'espèce, puisqu'il n'existe en l'occurrence ni « charge publique » ni contrat d'emploi entre la SAAQ et M. Cyr.

[45] Dans *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, le juge Major explique, au par. 26 :

Traditionnellement, la relation entre la Couronne et ses fonctionnaires n'a pas été qualifiée de contractuelle : *Lucas c. Lucas*, [1943] p. 68; *Washer c. British*

Highways and Bridges Authority (1965), 53 D.L.R. (2d) 620 (B.C.C.A.); L. Blair, "The Civil Servant — A Status Relationship" (1958), 21 *Mod. L. Rev.* 265. The Crown appointed individuals to positions which they fulfilled until the Crown directed that they be dismissed. As a result, appointments were unilateral and subject to arbitrary dismissal: cf. *Reilly*, *supra*; J. Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown* (1820).

This approach was rejected in *Reilly v. The King*, [1934] A.C. 176, where the Privy Council resolved that whether there was a contractual relationship or not, the Crown could be relieved of its obligation by abolishing the statute which provided for the creation of the office.

[46] Citing *Knight*, the Supreme Court held in *Wells* that the Crown was still required to act fairly in dismissing a civil servant in the absence of contractual rights (para. 24).

[47] What is at issue in these cases, is the state's role and obligations in dealing with its employees (*Wells*, at para. 29), and not its responsibilities regarding holders of licences and permits.

4.2.2 Is Cyr a "Citizen" or "*Administré*" Pursuant to Section 5 of the AAJ?

[48] The French term "*administré*" and its English equivalent "citizen" are not defined within the legislation, or in the case law. One author has provided a definition of "*administré*":

Administré: [TRANSLATION] This expression designates any legal or natural person to whom the law applies. It is a term borrowed from French administrative law, although it has been dropped in favour of the word "citoyen" in recent French legislation. [Emphasis added.]

(Lemieux, at p. 89)

[49] This definition is extremely broad. The choice of the legislature to use the term "*administré*" in French as opposed to "*citoyen*" arguably suggests a desire to encompass a greater number of subjects. That said, the English version of the Act uses the term "citizen". In any event, Cyr is an individual citizen and, in my opinion, fits within the scope of either term.

Columbia Toll Highways and Bridges Authority (1965), 53 D.L.R. (2d) 620 (C.A.C.-B.); L. Blair, « The Civil Servant — A Status Relationship » (1958), 21 *Mod. L. Rev.* 265. La Couronne nommait des personnes à des postes qu'elles occupaient tant qu'elle n'ordonnait pas leur congédiement. En conséquence, les nominations étaient unilatérales et sujettes à un congédiement arbitraire : voir *Reilly*, précité; J. Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown* (1820).

Ce point de vue n'a pas été retenu dans *Reilly v. The King*, [1934] A.C. 176, où le Conseil privé a conclu que, peu importe qu'il existe un lien contractuel ou non, la Couronne pouvait être relevée de ses obligations par l'abrogation de la loi créant l'organisme.

[46] Citant *Knight*, la Cour a statué dans *Wells* que la Couronne, même en l'absence de droits contractuels, était toujours tenue d'agir équitablement en procédant à un congédiement (par. 24).

[47] Dans ces cas, le litige portait sur le rôle et les obligations de l'État dans ses rapports avec ses employés (*Wells*, par. 29), et non sur ses responsabilités à l'égard des titulaires de permis.

4.2.2 M. Cyr est-il un « administré » ou un « *citizen* » au sens de l'art. 5 de la *LJA*?

[48] Le mot « administré », et l'équivalent « *citizen* » employé dans la version anglaise, ne sont définis ni dans la loi ni dans la jurisprudence. Un auteur en donne la définition suivante :

Administré : Cette expression désigne toute personne morale ou physique sujette de droit. Il s'agit d'un terme emprunté au droit administratif français, alors que la législation française récente l'a abandonné au profit de l'expression « citoyen ». [Je souligne.]

(Lemieux, p. 89)

[49] Il s'agit d'une définition extrêmement large. On peut prétendre que l'emploi par le législateur du terme « administré » plutôt que du terme « citoyen » témoigne de sa volonté d'être plus inclusif. Toutefois, c'est le terme « *citizen* » qui est utilisé dans la version anglaise de la *LJA*. Quoi qu'il en soit, M. Cyr est un citoyen et, à mon avis, il est visé par l'un et l'autre terme.

[50] The appellant relies on comments in the literature on the nature of what is an administrative function to argue that Cyr is not an "*administré*".

[TRANSLATION] Decisions that are considered to have been made in performing an administrative function include front-line decisions made by various government officials in applying standards and implementing social programs in the context of the regulation or supervision of economic activities. Such decisions are primarily individual in nature and concern, first and foremost, the citizen . . . .

For the most part, these organizations perform functions of the executive that the legislature has, for reasons relating to volume, to the specificity of programs, to a need to distance them from political involvement, removed from the executive. These are functions of management, regulation, supervision and monitoring of an area of activity, investigation, study and research involving, among other things, the granting, management and monitoring of authorizations, privileges, permits, benefits or other advantages.

(M. J. Longtin, "La réforme de la justice administrative: genèse, fondements et réalités", in *Actes de la XIII^e Conférence des juristes de l'État* (1998), at pp. 80-81)

[51] These paragraphs do not persuade me that there is cause to reject the application of the *AAJ* to Cyr. The scheme established by the *HSC* fits well within the scope of the second paragraph above. As noted, the accreditation granted to Cyr can be considered an administrative authorization.

5. Conclusion

[52] In light of the foregoing analysis, I conclude that the respondent Cyr is entitled to procedural fairness under s. 5 of the *AAJ*.

[53] I would therefore dismiss the appeal with costs.

English version of the reasons of Deschamps, Abella and Charron JJ. delivered by

[54] DESCHAMPS J. (dissenting) — I have read the reasons of the majority and am unable to agree with them. In my opinion, the parties are bound

[50] S'appuyant sur une analyse doctrinale de la nature de la fonction administrative, l'appelante prétend que M. Cyr n'est pas un « administré ».

Sont considérées prises dans l'exercice d'une fonction administrative, les décisions de première ligne prises par divers agents de l'Administration dans l'application de normes et de programmes sociaux, dans le cadre d'une régulation ou de la surveillance d'activités économiques. Ce sont aussi des décisions qui, principalement, ont un caractère individuel et concernent au premier chef le citoyen . . .

Pour l'essentiel, ces organismes exercent des fonctions qui sont celles du pouvoir exécutif et que le législateur, pour des questions de volume, de spécificité des programmes, de distanciation du politique, a détachées de celles de l'exécutif. Il s'agit de fonctions de gestion, de régulation, de surveillance et de contrôle d'un secteur d'activités, d'enquête, d'étude et de recherche visant, entre autres, l'octroi, la gestion et le contrôle d'autorisations, de privilèges, de permis, de prestations ou d'autres avantages.

(M. J. Longtin, « La réforme de la justice administrative : genèse, fondements et réalités », dans *Actes de la XIII^e Conférence des juristes de l'État* (1998), p. 80-81)

[51] Ces paragraphes ne me convainquent pas que la *LJA* ne doit pas s'appliquer à M. Cyr. Le régime établi par le *CSR* correspond bien à la description faite au deuxième paragraphe de la citation qui précède. Comme je l'ai indiqué, l'accréditation de M. Cyr peut être considérée comme une autorisation administrative.

5. Conclusion

[52] L'analyse qui précède m'amène à conclure que l'intimé Cyr a droit au respect des règles d'équité procédurale prévues à l'art. 5 de la *LJA*.

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

Les motifs des juges Deschamps, Abella et Charron ont été rendus par

[54] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — J'ai pris connaissance des motifs de la majorité. Je ne puis y souscrire. À mon avis, les parties sont liées

by contract and the remedies available to them are governed by the rules of private law. As a result, I would have allowed the appeal and, like the dissenting judge of the Court of Appeal, would have restored the judgment of the Superior Court.

[55] The sole issues in this appeal relate to the forum where the respondents must present their case and the rules that apply to their relationship with the appellant, the Société de l'assurance automobile du Québec ("Société"). The Court has not been asked to rule on the merits of the case.

[56] The purpose of the *Highway Safety Code*, R.S.Q., c. C-24.2 ("Code"), is to establish "the rules relating to highway safety, to the registration of road vehicles, to licences and permits which are under the administration of the Société de l'assurance automobile du Québec, and to the control of highway transportation of persons and goods" (s. 1). The Code forms a consistent body of rules. To understand its workings, the Société's role and the rules applicable to users (i.e., users of road vehicles), it will be necessary to consider all the Code's provisions. Only by doing so will it be possible to fully understand the various mechanisms adopted by the legislature to achieve this statute's objectives. It will be seen from this review that the legal rules applicable to mandataries of the Société are those of private law, whereas the rules applicable to users are those of public law. The documents signed by the parties in the instant case govern the Société's relationship with its mandataries. That relationship is a contractual one. It falls within the realm of private law, which has its own remedies. There is no provision of the Code that justifies resorting to the rules of public law in addition to the rules of contract law. Nor is there any principle of administrative law that justifies requiring that the rules of public law be applied in addition to those of contract law.

1. Internal Consistency of the Code

[57] The Code is divided into several titles. I will be referring to provisions from virtually every one

par contrat et les recours qui leurs sont ouverts sont régis par le droit privé. Pour ce motif, j'aurais accueilli l'appel et, tout comme le juge dissident à la Cour d'appel, j'aurais rétabli le jugement de la Cour supérieure.

[55] Le présent pourvoi porte uniquement sur l'identité du tribunal devant lequel les intimés doivent faire valoir leurs prétentions ainsi que sur les règles qui s'appliquent à leur relation avec l'appelante, la Société de l'assurance automobile du Québec (« Société »). La Cour n'est pas appelée à se prononcer sur le fond du litige.

[56] Le *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., ch. C-24.2 (« Code »), a pour objet d'établir « les règles relatives à la sécurité routière, à l'immatriculation des véhicules routiers et aux permis et licences dont l'administration relève de la Société de l'assurance automobile du Québec ainsi qu'au contrôle du transport routier des personnes et des marchandises » (art. 1). Le Code constitue un ensemble cohérent de règles. Pour bien comprendre son fonctionnement, de même que le rôle de la Société et les règles applicables aux usagers (c'est-à-dire aux utilisateurs de véhicules routiers), il est nécessaire de prendre connaissance de l'ensemble de ses dispositions. Seul un tel examen permet de bien saisir les différents mécanismes mis en place par le législateur pour réaliser les objets de cette loi. Cet examen révèle que le régime juridique applicable aux mandataires de la Société est le droit privé alors que celui applicable aux usagers est le droit public. Les documents signés par les parties en l'espèce régissent la relation de la Société avec ses mandataires. Cette relation est de nature contractuelle. Elle appartient au droit privé, lequel comporte ses propres recours. Aucune disposition du Code ne justifie de recourir aux règles du droit public en sus des règles du droit des contrats. De plus, aucune règle de droit administratif ne justifie d'imposer l'application des règles du droit public en sus de celles du droit des contrats.

1. La cohérence interne du Code

[57] Le Code est divisé en plusieurs titres. Je compte me référer à des dispositions de presque

of the Code's titles. The provisions are set out as follows: scope and definitions (ss. 1 to 5.2); registration of road vehicles (ss. 6 to 60); licences to drive road vehicles (ss. 60.1 to 146.1); special obligations of dealers and recyclers (ss. 151 to 166); obligations in case of accident (ss. 166.1 to 179); cancellation and suspension (ss. 180 to 209.26); rules respecting vehicles and their equipment (ss. 210 to 287.2); road and traffic signs and signals (ss. 288 to 318); rules of the road (ss. 319 to 519); special rules respecting owners and operators of heavy vehicles (ss. 519.1 to 519.78); mechanical and photometric inspection of vehicles and preventive maintenance program (ss. 520 to 546.0.4); rebuilding of damaged vehicles (ss. 546.1 to 546.8); procedure and proof (ss. 547 to 602); transmission of information (ss. 603 to 611.2); regulatory provisions (ss. 618 to 628.1); and miscellaneous and transitional provisions (ss. 629 to 675).

[58] The Société's responsibilities are set out throughout the Code. The Société performs both regulatory and administrative functions. In some cases it may delegate its powers on conditions it sets and enter into contracts, while in others it must act on its own. It is governed sometimes by the rules of public law and sometimes by those of private law. These roles and rules are not interchangeable or superimposable. They are laid down in the Code.

[59] The Société's power to make regulations is expressly provided for in s. 624. Numerous rules applicable to its relations with users are set out in ss. 547 to 554. Strict rules of procedural fairness are then imposed on it (ss. 550 and 552). The Société may reconsider its decisions (ss. 550 and 557). Certain of its decisions may also be appealed to the Administrative Tribunal of Québec ("ATQ") (s. 560). The scope of the provisions to which such public law rules as procedural fairness and the right of appeal to the ATQ are applicable is vast.

[60] It should be noted that all the decisions to which the rules of procedural fairness expressly

chacun des titres du Code. Voici ces dispositions : champ d'application et définitions (art. 1 à 5.2); immatriculation des véhicules (art. 6 à 60); permis relatifs à la conduite des véhicules routiers (art. 60.1 à 146.1); obligations particulières des commerçants et des recycleurs (art. 151 à 166); obligations en cas d'accident (art. 166.1 à 179); révocation et suspension (art. 180 à 209.26); règles concernant les véhicules et leur équipement (art. 210 à 287.2); signalisation routière (art. 288 à 318); règles de circulation routière (art. 319 à 519); règles particulières concernant les propriétaires et les exploitants de véhicules lourds (art. 519.1 à 519.78); vérification mécanique et photométrique des véhicules et programme d'entretien préventif (art. 520 à 546.0.4); reconstruction des véhicules accidentés (art. 546.1 à 546.8); procédure et preuve (art. 547 à 602); communication de renseignements (art. 603 à 611.2); dispositions réglementaires (art. 618 à 628.1); dispositions diverses et transitoires (art. 629 à 675).

[58] Les diverses responsabilités de la Société sont énumérées tout au long du Code. Elle exerce des fonctions de réglementation et d'administration. Dans certains cas, elle possède la faculté de déléguer ses pouvoirs aux conditions qu'elle détermine et de conclure des contrats, alors que dans d'autres elle est tenue d'agir elle-même. Elle est régie tantôt par les règles du droit public, tantôt par celles du droit privé. Ces rôles et ces règles ne sont pas interchangeables ou superposables, ils sont fixés par le Code.

[59] Le pouvoir de réglementation de la Société est explicitement prévu à l'art. 624. De nombreuses règles applicables à ses relations avec les usagers sont établies aux art. 547 à 554. Des règles d'équité procédurale strictes lui sont alors imposées (art. 550 et 552). La Société peut reconsidérer ses décisions (art. 550 et 557). Un appel peut également être formé contre certaines de ses décisions devant le Tribunal administratif du Québec (« TAQ ») (art. 560). Les dispositions auxquelles s'appliquent les règles du droit public telles que l'équité procédurale et le droit d'appel au TAQ ont une vaste portée.

[60] Il est important de signaler que toutes les décisions pour lesquelles l'application des règles

apply have a common denominator. All of them affect the rights of persons as road vehicle *users*. Here are a few examples that show clearly that status as a user is the common denominator in the application of public law rules: refusal to issue a driver's licence (s. 81), refusal to change a condition for a driver's licence (s. 82), refusal of a dealer's or recycler's licence (s. 162), and the exemption pertaining to a preventive maintenance program (s. 543.3.2). Rules of public law therefore apply where the relationship between the Société and the person in question is one of regulatory authority and user.

[61] The legislature decided that a different scheme should apply to decisions that do not affect persons as users. Thus, wherever a person acts as a mandatary of the Société or is designated to act on its behalf, the Code provides for no rules of procedural fairness or right of appeal. Should the Court infer from this that judicial review is available despite the privative clause in s. 555? I do not think so. Different schemes are provided for in the Code. For example, whereas the Minister of Transport enters into certain agreements with municipalities (s. 628.1), it is the Société that enters into other agreements with other bodies (s. 629). I will limit my discussion to the provisions that elucidate the scheme established in s. 520 for the appointment of persons authorized to sign certificates of mechanical inspection on behalf of the Société, which is the one in issue in the case at bar.

[62] Section 1 of the Code provides that the Société is responsible for the rules relating to highway safety, for administration of the registration of road vehicles and of licences and permits, and for controlling highway transportation. As a result, it must provide a service of issuing driver's licences, registration certificates and certificates of mechanical inspection. When performing this service delivery role, the Société is sometimes required by the Code to provide the service itself. In other cases, when issuing documents for example, it

d'équité procédurale est expressément prévue possèdent un dénominateur commun. En effet, il s'agit dans tous les cas de décisions qui touchent les droits des personnes à titre d'*usagers* de véhicules routiers. Voici quelques exemples montrant bien que le statut d'usager est le dénominateur commun de l'application des règles du droit public : refus de délivrance du permis de conduire (art. 81), refus de changement d'une condition d'un permis de conduire (art. 82), refus d'une licence de commerçant ou de recycleur (art. 162), l'exemption concernant le programme d'entretien préventif (art. 543.3.2). Le droit public s'applique donc dans les cas où la Société a, avec l'intéressé, des rapports d'organisme de réglementation à usager.

[61] Pour les décisions qui ne touchent pas une personne à titre d'usager, le législateur a décidé qu'un autre régime s'appliquait. Ainsi, dans tous les cas où la personne agit comme mandataire de la Société ou est désignée pour agir en son nom, aucune règle d'équité procédurale et aucun appel ne sont prévus par le Code. Est-ce à dire que la Cour doit inférer qu'il existe un recours en révision judiciaire malgré la clause privative énoncée à l'art. 555? Je ne le crois pas. Différents régimes sont prévus par le Code. Par exemple, certaines ententes sont conclues par le ministre des Transports avec les municipalités (art. 628.1), alors que d'autres sont conclues par la Société avec d'autres organismes (art. 629). Je ne m'attarderai qu'aux dispositions permettant de bien comprendre le régime qui a été mis en place par l'art. 520 dans le cas de la nomination d'une personne autorisée à signer pour la Société les attestations de vérification mécanique et qui fait l'objet du litige.

[62] Selon l'article 1 du Code, les règles relatives à la sécurité routière, l'administration des immatriculations des véhicules routiers, des permis et des licences et le contrôle du transport routier relèvent de la Société. Par conséquent, celle-ci doit fournir un service de délivrance de permis de conduire, de certificats d'immatriculation et de certificats de vérification mécanique. Dans l'exécution de ce rôle de fournisseur de services, la Société est parfois tenue par le Code d'assurer elle-même le service. Dans d'autres cas, par exemple les services

may either provide the service itself using its own employees or appoint persons authorized to represent it; when it opts to appoint representatives, it must establish the conditions applicable to the provision of the service in question to the public.

[63] Section 543.13 is an example of a case in which the Société is not authorized to use a third party to provide a service. The Code requires it to designate a member of its own staff who has the required qualifications to act as a mechanical inspection controller:

543.13. The Société may designate any member of its personnel having the required qualifications to act as a mechanical inspection controller to ensure that sections 519.6, 519.15 and 539, the provisions of this chapter and the regulatory provisions made under paragraphs 32.1 to 32.7 of section 621 are complied with.

[64] By contrast, s. 520 of the Code provides as follows:

The Société shall have exclusive jurisdiction to carry out the mechanical inspection of road vehicles and to issue certificates of mechanical inspection and inspection stickers. For that purpose, the Société may, on the conditions it determines, appoint persons authorized to carry out, on its behalf, the inspection of the road vehicles it determines and authorize those persons to issue certificates of mechanical inspection and inspection stickers in respect of those vehicles.

Section 520 is thus an example of a situation in which the Société has a choice: it may either provide the service itself or appoint a third party subject to conditions it sets. In the case at bar, it opted to appoint a third party. Following a competitive bidding process, it entered into a contract in accordance with the terms of the call for tenders. The contract laid down the conditions to be met by the persons authorized to carry out mechanical inspections and issue inspection stickers. Is this choice questionable? Is it more so than a choice to have employees of the Société do the work rather than a third party? Is it more questionable than a choice to have a public body award a contract to build or repair roads?

de délivrance de documents, la Société peut soit les dispenser elle-même en recourant à ses propres employés soit nommer des personnes autorisées à la représenter, auquel cas elle doit décider des conditions dans lesquelles les services en question seront fournis au public.

[63] L'article 543.13 constitue un exemple de cas où la Société n'est pas autorisée à recourir à un tiers pour fournir un service. Le Code lui impose en effet l'obligation de désigner un membre de son propre personnel ayant la compétence requise pour agir à titre d'inspecteur en vérification mécanique :

543.13. La Société peut désigner tout membre de son personnel ayant la compétence requise pour agir à titre d'inspecteur en vérification mécanique, pour veiller à l'application des articles 519.6, 519.15 et 539, des dispositions du présent chapitre ainsi que des dispositions réglementaires prises en vertu des paragraphes 32.1° à 32.7° de l'article 621.

[64] Par contre, aux termes de l'art. 520 du Code,

[l]a Société a compétence exclusive pour effectuer la vérification mécanique des véhicules routiers et pour délivrer des certificats de vérification mécanique et des vignettes de conformité. À cette fin, elle peut, aux conditions qu'elle établit, nommer des personnes autorisées à effectuer, pour son compte, la vérification des véhicules routiers qu'elle détermine et autoriser ces personnes à délivrer à l'égard de ces véhicules des certificats de vérification mécanique et des vignettes de conformité.

L'article 520 représente donc un exemple de situation où la Société possède le choix des moyens : elle peut fournir le service elle-même ou encore nommer un tiers aux conditions qu'elle établit. En l'espèce, elle a choisi de nommer un tiers. Elle a procédé à un appel d'offres et a fait signer un contrat suivant les conditions de cet appel d'offres. Le contrat régit les conditions que doivent respecter les personnes autorisées à effectuer les vérifications mécaniques et à délivrer les vignettes de conformité. Ce choix est-il discutable? L'est-il plus que lorsque le travail est effectué par les employés de la Société plutôt que par un tiers? Ce choix est-il plus discutable que dans les cas où un corps public octroie un contrat pour la construction ou la réparation de routes?

[65] Several provisions of the Code authorize the Société to appoint a third party to act on its behalf where it must provide a service. For example, ss. 9 and 69.1 of the Code provide that the Société may appoint persons authorized to collect registration and driver's licence fees. The Société is granted the same authority in ss. 520.2 and 546.1 with respect to photometric inspections and technical appraisals of rebuilt vehicles. In a sense, these provisions authorize the Société to contract out services for which it is legally responsible as an administrator and service provider under s. 1. As is the case with the services related to the mechanical inspection of road vehicles in issue in this appeal (s. 520), that is one option that is available to the Société. It could just as well have its own employees perform the services rather than a third party. I note that in every case where the Code authorizes the Société to appoint a mandatary, the measure to which the authorization applies concerns the organization of service delivery and does not — as where a driver's licence is issued or suspended — affect users' rights.

[66] It is also interesting to compare the case of a refusal to issue a certificate of competency in preventive maintenance (s. 543.3.2) with that of revocation of an appointment of a mechanic accredited for the certification of mechanical maintenance (s. 520). As a result of s. 550, the first of these decisions is subject to the rules of public law, whereas the second is subject to the rules of contract. At first glance, it is not clear why the same rules do not apply to both of them. When the statuses of the two mechanics are considered, however, the reason for the distinction becomes apparent.

[67] An owner of a road vehicle who is required to submit to periodic inspections may have his or her preventive maintenance program certified to stand in place of mechanical inspection (s. 543.2). The owner may then, under certain conditions, obtain a certificate of competency for one of *his or her* mechanics assigned to preventive maintenance (s. 543.3.1). A decision to revoke a certificate

[65] Plusieurs dispositions du Code autorisent la Société à nommer un tiers pour agir en son nom lorsqu'elle doit fournir un service. Par exemple, les art. 9 et 69.1 du Code permettent à la Société de nommer des personnes autorisées à percevoir des frais d'immatriculation et des frais liés aux permis de conduire. La même autorisation est conférée à la Société par les art. 520.2 et 546.1 pour la vérification photométrique et pour l'expertise technique des véhicules reconstruits. Par ces dispositions, la Société est, en quelque sorte, habilitée à sous-traiter les services dont elle a la responsabilité légale en tant qu'administratrice et fournisseur de services aux termes de l'art. 1. Comme pour les services de vérification mécanique des véhicules routiers qui sont en cause dans le présent pourvoi (art. 520), il s'agit d'une faculté dont la Société dispose. Elle pourrait tout aussi bien faire effectuer ces services par ses propres employés au lieu de recourir à un tiers. Je rappelle que, dans tous les cas où le Code autorise la Société à nommer un mandataire, il s'agit de mesures visant à organiser la façon dont un service sera fourni et non de dispositions touchant les droits d'un usager, comme c'est le cas lorsqu'un permis de conduire est délivré ou suspendu.

[66] Il est d'ailleurs intéressant de comparer le cas de refus d'attestation de compétence pour l'entretien préventif (art. 543.3.2) et la révocation de la désignation du mécanicien accrédité pour l'attestation d'entretien mécanique (art. 520). La première décision est, selon l'art. 550, assujettie aux règles du droit public, alors que la seconde est régie par les règles contractuelles. À première vue, on pourrait se demander pourquoi les deux décisions ne relèvent pas des mêmes règles. L'examen du statut des deux mécaniciens permet cependant de bien saisir la raison d'être de la distinction.

[67] Un propriétaire d'un véhicule routier tenu à des vérifications périodiques peut faire reconnaître son programme d'entretien préventif pour que ce dernier tienne lieu de vérification mécanique (art. 543.2). Il peut alors, à certaines conditions, obtenir une attestation de compétence pour un de *ses* mécaniciens affectés à l'entretien préventif (art. 543.3.1). La décision de révoquer l'attestation (art.

(s. 538.0.1) or to refuse an exemption may be appealed to the ATQ. It is clear that the certificate for the mechanic in question is valid only with regard to the vehicles of the owner, who is subject to the Code as a user. Moreover, s. 538.0.1 specifies that the mechanic's certificate of competency will be revoked if he or she uses it to issue a certificate of mechanical inspection. A mechanic assigned to the preventive maintenance of an owner's vehicles does not act as a representative of the Société. The certificate of competency is required only to enable the Société to ensure that mechanics so assigned are competent.

[68] The application of different rules to the two mechanics is justified by differences in their roles. The expressions used are different: issuance of a certificate of competency and appointment of a person authorized to carry out inspections on behalf of the Société. A mechanic appointed under s. 543.2 is an employee of a vehicle owner, and therefore of a user, whereas one appointed under s. 520 acts on behalf of the Société. The former — a representative of the user — is subject to the rules of public law, and more specifically to s. 550 of the Code, whereas the latter — a representative of the Société — is subject to rules established by the Société at the time of his or her appointment, that is, to the rules of contract law, or private law. The fact that s. 550 does not mention decisions of the Société under s. 520 cannot be an oversight on the legislature's part or, as the respondents argue, an anomaly. It is merely a manifestation of the internal consistency of the Code.

[69] Thus, an analysis of the Code reveals that it provides for rules of procedural fairness for users and that none of these rules apply to persons acting on behalf of the Société. There is a very simple reason for the legislature's silence regarding representatives of the Société: the establishment of any conditions for service delivery has been left up to the Société. In the case at bar, the appointment was made in a tripartite contract to which the respondent Cyr was a party. I will now review the contract.

538.0.1) ou de refuser l'exemption est suceptible d'appel devant le TAQ. Il est clair que l'attestation de ce mécanicien ne vaut qu'à l'égard des véhicules du propriétaire qui est régi à titre d'usager. L'article 538.0.1 précise d'ailleurs que, si le mécanicien utilise son attestation de compétence pour délivrer un certificat de vérification, son attestation sera révoquée. Les mécaniciens affectés à l'entretien préventif des véhicules d'un propriétaire n'agissent pas en tant que représentants de la Société. L'attestation n'est requise que comme moyen pour la Société de s'assurer de la compétence des mécaniciens concernés.

[68] Le rôle respectif des deux mécaniciens justifie l'application de règles différentes. Les expressions utilisées sont différentes : délivrance d'une attestation de compétence; nomination d'une personne autorisée à effectuer des vérifications pour le compte de la Société. Le mécanicien nommé en vertu de l'art. 543.2 est un employé d'un propriétaire de véhicules, donc un usager, alors que celui nommé en vertu de l'art. 520 agit au nom de la Société. Le premier — le représentant de l'usager — est régi par les règles du droit public et, plus particulièrement par l'art. 550 du Code, alors que le second — le représentant de la Société — est régi par les règles établies par la Société lors de la désignation, en l'occurrence les règles du droit des contrats, c'est-à-dire le droit privé. Le fait que les décisions prises par la Société en application de l'art. 520 ne soient pas mentionnées à l'art. 550 ne saurait constituer un oubli du législateur, ou encore une anomalie comme le plaident les intimés. Cette situation n'est qu'une manifestation de la cohérence interne du Code.

[69] L'analyse du Code permet de constater que celui-ci prévoit des règles d'équité procédurale en faveur des usagers et qu'aucune de ces règles ne traite des personnes qui agissent au nom de la Société. Une raison bien simple explique le silence du législateur à l'égard des représentants de la Société : il a laissé à cette dernière la possibilité d'établir les conditions d'exécution du service. En l'occurrence, la désignation s'est faite dans le cadre d'un contrat tripartite auquel l'intimé a adhéré. Je vais maintenant examiner ce contrat.

2. Contractual Framework

[70] The Société chose to use a contract to appoint the persons authorized to conduct the mechanical inspection of road vehicles on its behalf. The contract is entitled [TRANSLATION] "Contract for Services for the Mechanical Inspection of Road Vehicles". In the case at bar, the contract was signed by the Société, represented by its vice-president of highway transport enforcement, on May 27, 2002, and by 9052-0479 Québec Inc., represented by its president, on June 7, 2002. The contract's first clause authorizes 9052-0479 Québec Inc. to act as a mandatary of the Société. The contract contains several appendixes, including Appendix A-1, entitled [TRANSLATION] "Appointment and Obligations of the Mechanic". This appendix was signed by 9052-0479 Québec Inc. and by Mr. Cyr, in his capacity as a mechanic, on June 7, 2002, and by the director of the Société's highway transport enforcement unit on June 13, 2002.

[71] It is common ground that the "contract" signed by the Société and 9052-0479 Québec Inc. is a contract in the civil law sense. Moreover, this agreement clearly meets the conditions of contract formation set out in art. 1385 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("*C.C.Q.*"). It was formed between persons having capacity to contract who gave their consent, its cause is not prohibited by law and its object is to provide services, which is a juridical operation recognized in civil law. No one has argued that this contract is subject to the rules of public law. The contract has a three-year term (clause 5.1), and it states the terms for early termination (clause 5.3) and resiliation (clause 6.1) and sets out the obligations of the mandatary (clause 9.1) and the accredited mechanics (clause 11.1).

[72] However, it is argued that Mr. Cyr is not a party to a contract. The majority see the appendix as merely constituting a unilateral act of appointment. According to them, Mr. Cyr's signature on the appendix was required only because, in clause A-3.5, he [TRANSLATION] "declare[d] that he ha[d] read" the statutory provisions reproduced in an appendix as well as art. 14 of the contract. In my

2. Le cadre contractuel

[70] La Société a choisi la voie contractuelle pour nommer les personnes autorisées à effectuer pour son compte la vérification mécanique des véhicules routiers. Ce contrat est intitulé « Contrat de service en vérification mécanique de véhicules routiers ». En l'espèce, le contrat a été signé par la Société, représentée par son vice-président au contrôle routier, le 27 mai 2002, et par 9052-0479 Québec Inc., représentée par sa présidente, le 7 juin 2002. La première clause de ce contrat confère à 9052-0479 Québec Inc. l'autorisation d'agir comme mandataire de la Société. Le contrat comporte de nombreuses annexes, dont l'annexe A-1, « Désignation et obligations du mécanicien ». Cette annexe a été signée par 9052-0479 Québec Inc. et par M. Cyr à titre de mécanicien le 7 juin 2002, et par le directeur du service du contrôle routier de la Société le 13 juin 2002.

[71] Personne ne conteste que le « contrat » signé par la Société et par 9052-0479 Québec Inc. constitue bien un contrat au sens du droit civil. D'ailleurs, cette entente respecte clairement les conditions de formation prévues à l'art. 1385 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »). Il a été formé entre des personnes capables de contracter ayant donné leur consentement, sa cause n'est pas illicite et son objet est la fourniture de services, opération juridique reconnue en droit civil. On ne prétend pas ici que ce contrat serait assujetti aux règles du droit public. Il est d'une durée de 3 ans (clause 5.1) et comporte des modalités permettant d'y mettre fin prématurément (clause 5.3) ou de le résilier (clause 6.1), une description des obligations du mandataire (clause 9.1) et une description des obligations des mécaniciens accrédités (clause 11.1).

[72] On argue cependant que M. Cyr ne serait pas partie à un contrat. Selon les juges de la majorité, l'annexe ne constituerait qu'un acte unilatéral de nomination. La signature de M. Cyr à l'annexe ne serait requise que parce que ce dernier, suivant les termes de la clause A-3.5, « affirme avoir pris connaissance » des dispositions législatives produites dans une annexe ainsi que de l'art. 14 du

opinion, this is a quite incomplete reading of the contract and the appendix.

[73] First of all, clause 29.1 of the contract stipulates that all the appendixes form part of the contract. Next, although this is obviously a contract of adhesion, I think it is clear from the language used in the appendix's introductory clause, such as "agree to the terms", that all those who signed the appendix — the Société, 9052-0479 Québec Inc. and Mr. Cyr — were aware that the appointment of the mechanic was not made independently of any contractual relationships. Clause A-2.1 of the appendix states that the mechanic's appointment is valid for the same term as that of the contract and that it is also subject to the same conditions for renewal and interruption as the contract. In addition, clause A-3.1 requires the mechanic to comply with and maintain, throughout the term of the contract, the conditions set for his eligibility. Although the word "undertaking" is not expressly used, it would be surprising if this clause could be interpreted independently of the introductory clause, which states that the parties have agreed to the stated terms. Similarly, in clause A-3.2, the mechanic undertakes to carry out his [TRANSLATION] "mechanical inspection mandate" in accordance with various requirements, including those set out in the contract. The appendix entitled [TRANSLATION] "Appointment and Obligations of the Mechanic" meets all the conditions for formation of a contract subject to the *C.C.Q.* It is an accessory contract to the contract with 9052-0479 Québec Inc.

[74] Moreover, all the terms of the appendix could have been incorporated into the contract with 9052-0479 Québec Inc. It can be inferred from the different signing dates of the appendix and the contract, and from the different authority levels of the representatives of the Société mentioned in the contract (vice-president of highway transport enforcement) and the appendix (director of the highway transport enforcement unit), that the Société resorted to an appendix for reasons of efficiency. Using an appendix facilitated the implementation of the contract by ensuring that a new contract would not have to be signed every time a mechanic had to be replaced.

contrat. À mon avis, il s'agit là d'une lecture bien incomplète du contrat et de l'annexe.

[73] D'abord, à la clause 29.1 du contrat, il est stipulé que toutes les annexes font partie du contrat. Ensuite, bien qu'il s'agisse indubitablement d'un contrat d'adhésion, il me paraît clair, à la lumière d'expressions utilisées dans l'intitulé de l'annexe, par exemple « conviennent des conditions », que toutes les parties signataires de l'annexe — la Société, 9052-0479 Québec Inc. et M. Cyr — étaient conscientes que la désignation du mécanicien ne constituait pas une nomination indépendante de tout rapport contractuel. Ainsi, à la clause A-2.1 de l'annexe, il est précisé que la désignation du mécanicien est valable pendant la même durée que le contrat, en plus d'être soumise aux mêmes conditions de renouvellement et d'interruption que celui-ci. De plus, la clause A-3.1 établit que le mécanicien doit respecter et maintenir, pendant toute la durée du contrat, les conditions fixées pour son admissibilité. Le mot « engagement » n'est pas expressément utilisé, mais il serait étonnant que cette clause puisse être interprétée hors du contexte de l'intitulé, qui mentionne que les parties ont convenu des conditions énoncées. De même, par la clause A-3.2, le mécanicien s'engage à réaliser son « mandat de vérification mécanique » conformément à diverses exigences, dont celles prévues au contrat. L'annexe intitulée « Désignation et obligations du mécanicien » remplit toutes les conditions de formation d'un contrat régi par le *C.c.Q.* Elle constitue un contrat accessoire à celui conclu avec 9052-0479 Québec Inc.

[74] Tous les termes de l'annexe auraient d'ailleurs pu être incorporés au contrat conclu avec 9052-0479 Québec Inc. Le fait que l'annexe et le contrat ont été signés à des dates différentes et que le rang hiérarchique du représentant de la Société mentionné au contrat (vice-président au contrôle routier) et celui mentionné à l'annexe (directeur du service du contrôle routier) n'est pas le même, permet d'inférer que c'est pour des raisons d'efficacité que la Société recourt à la technique de l'annexe. Cette technique facilite en effet la mise en œuvre du contrat en évitant aux parties de devoir signer un nouveau contrat chaque fois qu'un mécanicien doit être remplacé.

[75] The mandate given to 9052-0479 Québec Inc. must be carried out by a natural person. The Code provides that this natural person must be a mechanic. According to clause A-3.2, the mechanic carries out a [TRANSLATION] "mandate". Mandate is a nominate contract under the *C.C.Q.* (art. 2130). The rules of the *C.C.Q.* may supplement the terms provided for in the appendix should those terms prove insufficient. The rules applicable to the mechanic appointed in the appendix are not different from those applicable to 9052-0479 Québec Inc.

[76] Nevertheless, it is argued that the rules of public law apply to the appointment of Mr. Cyr. Where is the logic in this point of view?

3. Applicability of the Rules of Public Law

[77] As presented by the majority, the issue is whether a public body may evade its public law obligations by delegating its functions by contract or another form of agreement. I do not believe that to be the issue raised in this appeal. All that we are being asked to do is to identify the scheme created by the legislature in authorizing the Société to appoint third parties to act on its behalf as mandataries.

[78] Determining which legal rules apply is of definite practical significance. If the rules of private law apply, the court will consider the respective rights of the parties and, in the event that obligations have not been performed, it will grant the appropriate civil law remedy, generally damages. If, on the other hand, the rules of public law apply, the court will evaluate the decision, respecting the appropriate standard of review. But this is not a popularity contest between the two fields of law or a situation in which one party may unilaterally choose the rules that best suit its purposes. If that were the case, the Court would not have held in *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057, *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, and *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, 2008 SCC 9, that common law rules apply to

[75] Le mandat confié à 9052-0479 Québec Inc. doit être réalisé par une personne physique. Aux termes du Code, cette personne physique doit être un mécanicien. Selon la clause A-3.2, le mécanicien réalise un « mandat ». Or, un mandat est un des contrats nommés du *C.c.Q.* (art. 2130). Les règles du *C.c.Q.* peuvent suppléer aux conditions de l'annexe si celles-ci s'avèrent insuffisantes. Le mécanicien désigné en vertu de l'annexe n'est pas régi par des règles différentes de celles applicables à 9052-0479 Québec Inc.

[76] On voudrait néanmoins appliquer à la désignation de M. Cyr les règles du droit public. Quelle est la logique d'un tel point du vue?

3. Applicabilité des règles du droit public

[77] Suivant la façon dont mes collègues de la majorité présentent le problème, la question consisterait à déterminer si un organisme public peut échapper à ses obligations de droit public lorsqu'il délègue ses fonctions par contrat ou par toute autre forme d'entente. Je ne crois pas que ce soit là la question soulevée par le présent pourvoi. Nous sommes simplement appelés à identifier le régime mis en place par le législateur lorsqu'il autorise la Société à nommer des tiers chargés d'agir en son nom comme mandataires.

[78] La détermination du régime juridique applicable revêt une importance pratique certaine. S'il s'agit du droit privé, le tribunal évalue alors les droits respectifs des parties et accorde, en cas d'inexécution des obligations, la réparation prévue par le droit civil, en général des dommages-intérêts. En revanche, si c'est le droit public qui s'applique, le tribunal évalue la décision selon la norme de contrôle applicable. Il ne s'agit cependant pas d'un concours de popularité entre les deux régimes ou encore d'une situation où une partie peut à son gré choisir les règles qui lui conviennent. Car, si c'était le cas, la Cour n'aurait pas jugé, dans *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, et *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, 2008 CSC 9, que les règles de la common law

the employment contract of a person holding public office.

[79] The Court's interpretation of the Code and of the documents signed by the parties will therefore probably serve in the future as a guide for the development of mechanisms that Parliament and the legislatures wish to implement to deliver services to the public. The majority's conclusion therefore raises the question of the sufficiency and clarity of the statutory provisions and stipulations required for a court to hold that either public law rules or private law rules, or in some cases both, should apply. There have been cases in which courts have held that public law obligations could be superimposed on private law ones. It will therefore be interesting to consider the circumstances in which public law rules have been held to supplement the contractual obligations of a public body.

[80] In the opinion of the majority, Quebec's *Act respecting administrative justice*, R.S.Q., c. J-3 ("*AAJ*"), applies, because the appointment of Mr. Cyr is part of the state's "policing" mission rather than of its service delivery mission. As is clear from the analysis of the Code set out above, I do not at all regard the appointment of a mechanic under s. 520 as falling within the Société's policing mission. I will explain why.

[81] The Code contains a number of provisions whose purpose is to regulate the use of road vehicles. They require a user to, among other things, have a licence and a registration certificate, obey speed limits, and drive a vehicle that is in good working order. These provisions, which impose obligations on users, fall within the state's policing mission. The obligations in question limit users' freedom to use their road vehicles as they see fit. For that matter, where the examples I have given are concerned, enforcement of the Code's provisions is the responsibility of peace officers.

[82] However, requiring users to have licences and to register their vehicles or have them inspected

s'appliquaient au contrat d'emploi d'une personne qui détient une charge publique.

[79] L'interprétation que la Cour donne aux dispositions du Code et aux documents signés par les parties servira donc probablement de guide dans l'élaboration future des mécanismes que le Parlement et les législatures voudront mettre en place pour la fourniture de services à rendre à la population. La conclusion de la majorité soulève donc la question du caractère suffisant et de la clarté des dispositions législatives et des stipulations requises pour que soit reconnu l'un ou l'autre des régimes, public ou privé, ou parfois les deux à la fois. En effet, les tribunaux ont dans certains cas reconnu que des obligations de droit public pouvaient se superposer aux obligations de droit privé. Il est donc intéressant d'examiner les circonstances dans lesquelles on a reconnu que les règles du droit public s'ajoutaient aux obligations contractuelles d'un organisme public.

[80] Mes collègues de la majorité estiment que la *Loi sur la justice administrative* du Québec, L.R.Q., ch. J-3 (« *LJA* »), s'applique, parce que la désignation de M. Cyr fait partie de la mission dite « de police » de l'État plutôt que de sa mission de services. Comme il ressort de l'analyse du Code faite plus haut, je ne suis pas du tout d'avis que la désignation du mécanicien en vertu de l'art. 520 relève de la mission de police de la Société. Je m'explique.

[81] Le Code contient plusieurs dispositions qui ont pour but de réglementer l'usage des véhicules routiers. Par exemple, le Code oblige les usagers à être munis d'un permis et d'une immatriculation, à respecter les limites de vitesse, à conduire un véhicule en bon état d'entretien. Ces dispositions, qui imposent des obligations aux usagers, relèvent de la mission de police de l'État. Les obligations ainsi imposées limitent la liberté des usagers d'utiliser leurs véhicules routiers comme bon leur semble. Pour les exemples que j'ai donnés, ce sont d'ailleurs des agents de la paix qui voient à faire respecter les prescriptions du Code.

[82] L'obligation faite aux usagers de posséder un permis, d'immatriculer leur véhicule ou de faire

presupposes that the state organizes the issuance of the necessary documents and ensures the provision of mechanical inspection services. When it provides the service of issuing licences and registration certificates or of inspecting vehicles, the state is carrying out its mission as a service provider in the most basic sense of the term. P. Issalys and D. Lemieux describe the state's two missions as follows in *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives* (2nd ed. 2002):

[TRANSLATION] When the modern state's actions in the economic and social spheres are analysed, actions related to its "service" mission are sometimes contrasted with those related to its "policing" mission. The latter term covers all actions by the state that, to varying degrees, restrict private activities and the exercise of individual freedoms. From this standpoint, the regulatory function appears to be a manifestation of the policing powers conferred on the government by the legislature. In contrast, the activities of a government corporation . . ., like an administrative contract . . . or the granting of benefits . . ., are generally viewed as instruments used by the government in performing its service mission. [p. 815]

[83] When it appoints a mechanic, the state is not performing its policing mission. Rather, it is providing users with a service. I see no support in ss. 538 and 546, on which my colleagues rely, for the view that the Société is performing its policing mission when it exercises its powers under s. 520. Section 538 simply states that only a mechanic appointed under s. 520 may issue a certificate of inspection. If a mechanic who has not been appointed to do so improperly issues a certificate, he or she does not act as a mandatary of the Société and, what is more, he or she commits an offence.

[84] My colleagues see this appointment as an administrative authorization. With respect, care must be taken not to adopt this characterization for the sake of convenience, as this could create confusion among the existing tools of administrative law. Issalys and Lemieux define authorization as follows:

vérifier celui-ci présuppose cependant que l'État organise la délivrance des documents requis et pourvoit à la fourniture de services de vérification mécanique. Lorsqu'il fournit des services de délivrance de permis et d'immatriculations ou des services de vérification, l'État remplit sa mission de fournisseur de services au sens le plus élémentaire du terme. Voici d'ailleurs comment les auteurs P. Issalys et D. Lemieux décrivent les deux missions de l'État dans leur ouvrage *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives* (2e éd. 2002) :

On oppose parfois, dans l'analyse des interventions de l'État moderne dans la vie économique et sociale, celles qui se rattachent à la mission de « service » et celles qui relèvent plutôt de la mission de « police ». Ce dernier terme couvre l'ensemble des interventions plus ou moins contraignantes de l'État dans les activités privées et l'exercice des libertés individuelles. Dans cette perspective, le règlement apparaît comme une manifestation des pouvoirs de police dont le législateur investit l'administration. Au contraire, l'activité d'une entreprise publique [. . .], de même que le contrat administratif [. . .] ou l'attribution de prestations [. . .], s'analysent généralement comme des instruments de l'administration dans sa mission de service. [p. 815]

[83] L'État n'exerce pas sa mission de police lorsqu'il désigne un mécanicien. Il fournit plutôt un service aux usagers. Je ne vois rien dans les art. 538 et 546 qu'invoquent mes collègues qui vienne étayer la thèse que la Société remplirait sa mission de police lorsqu'elle exerce ses pouvoirs conférés à l'art. 520. L'article 538 énonce simplement que seul un mécanicien désigné en vertu de l'art. 520 peut délivrer un certificat de vérification. Si un mécanicien non désigné à cette fin délivre irrégulièrement un certificat, il n'agit alors pas comme mandataire de la Société et il commet, de surcroît, une infraction.

[84] Mes collègues considèrent la désignation comme une autorisation administrative. Avec égards, il faut prendre garde d'adopter cette qualification pour des raisons de commodité, car cela risquerait d'entraîner de la confusion dans les outils couramment utilisés en droit administratif. L'autorisation est définie ainsi par Issalys et Lemieux :

[TRANSLATION] [Authorization] consists in a permission, often subject to conditions, granted by the government to a natural or legal person, to perform an act or engage in an activity that would otherwise be unlawful. Requiring authorization of this act or activity by an administrative authority implies that the legislature considered it necessary, in the public interest, to limit the freedom of citizens in this regard. [Emphasis added; bold in original deleted; pp. 815-16.]

Under the Code, a driver's licence is an authorization to engage in an activity on which the state considered it necessary to place limits. The freedom of drivers is limited in this regard. Under other statutes, authorization is required where a permit must be obtained to, for example, operate a business or engage in an activity on which the state considered it necessary to place limits, such as selling alcohol, operating an establishment or doing construction work. In contrast, issuing certificates of mechanical inspection on behalf of the Société is not an activity that Mr. Cyr would otherwise be free to engage in as he wished but on which statutory limits have been placed. Even if no such limits existed, Mr. Cyr would not be "free" to sign on the Société's behalf. As a result, I am not at all persuaded by my colleagues' argument that Mr. Cyr's relationship with the Société should be subject to the *AAJ*.

[85] Moreover, to consider the appointment in isolation from the rules governing the contract with 9052-0479 Québec Inc. is not in my view consistent with the mechanism provided for in the Code. The appointment cannot be interpreted in the abstract, without considering its context.

[86] There are nevertheless situations in which an agreement between a public body and an individual can be subject to rules of public law in addition to those of private law (Issalys and Lemieux, at p. 998). However, the situations in question are not disparate, nor are they cases in which the rules of public law are imposed because such a duality of systems would be appropriate in particular circumstances. The cases are specific and relate, for example, to the awarding of contracts or to budgetary appropriations. Thus, the public body concerned is

[L'autorisation] consiste en effet en une permission, souvent assortie de conditions, donnée par l'administration à une personne physique ou morale, d'accomplir un acte ou d'exercer une activité qui serait sans cela illicite. L'assujettissement de cet acte ou de cette activité à l'autorisation d'une autorité administrative suppose que le législateur ait jugé nécessaire dans l'intérêt public de restreindre à cet égard la liberté des administrés. [Je souligne; caractères gras dans l'original omis; p. 815-816.]

Suivant le Code, le permis de conduire constitue une autorisation de faire une activité que l'État a jugé nécessaire de restreindre. La liberté des conducteurs est limitée à cet égard. Selon d'autres lois, une autorisation est par exemple requise pour exploiter une entreprise ou exercer une activité que l'État a jugé nécessaire de restreindre, comme vendre de l'alcool, exploiter un établissement ou entreprendre des travaux de construction là où ces activités exigent l'obtention d'un permis. Par contraste, la délivrance de certificats de vérification mécanique au nom de la Société n'est pas une activité que M. Cyr serait par ailleurs libre d'exercer à son gré mais qui serait restreinte par la loi. Même en l'absence de restriction dans la loi, M. Cyr n'aurait pas la « liberté » d'apposer sa signature au nom de la Société. L'argument invoqué par mes collègues pour assujettir à la *LJA* la relation de M. Cyr avec la Société ne me convainc donc nullement.

[85] Par ailleurs, isolée des règles régissant le contrat intervenu avec 9052-0479 Québec Inc., l'analyse de la désignation ne me paraît pas correspondre au mécanisme prévu par le Code. La désignation ne peut être interprétée dans l'abstrait, hors du contexte dans laquelle elle intervient.

[86] Il n'en reste pas moins qu'une entente liant un organisme public et un particulier peut parfois être assujettie à des règles de droit public qui s'ajoutent à celles du droit privé (Issalys et Lemieux, p. 998). Il ne s'agit cependant pas de circonstances disparates ou de cas où les règles du droit public sont imposées parce qu'il serait opportun d'imposer une telle dualité de régime à une situation particulière. Ces cas sont spécifiques et concernent, par exemple, l'octroi des contrats ou des crédits budgétaires. Ainsi, l'organisme public est tenu d'agir équitablement dans

required to act fairly when awarding a contract and contractors must ensure that proper authorization has been given for expenditures. For that matter, it is apparent from the terms of the contract that 9052-0479 Québec Inc. was selected following a call for tenders. The existence of such rules does not mean that the administrative contract falls into a fundamentally distinct legal category, though. The state is subject to the *C.C.Q.*, and the *C.C.Q.* applies to administrative contracts (P. Garant, *Droit administratif* (5th ed. 2004), at p. 385).

[87] If I understand the majority's approach, my colleagues conclude that the rights and obligations arising from the appendix apply concurrently with the rules of procedural fairness provided for in the *AAJ*, while adding that Mr. Cyr is not a public office holder. This last nuance is somewhat surprising. Under the terms of his or her appointment, a mechanic issues certificates on the Société's behalf. If the mechanic acts neither under a conventional mandate nor as a public officer holder under a legal mandate, it might be asked what new hybrid category the Code has created. This approach marks a departure from developments in the case law in this area over almost 30 years.

[88] As long ago as 1980, in *Labrecque*, the Court unanimously rejected an argument similar to the one my colleagues have adopted. In that case, Quebec had argued that the state's relations with a public servant "result from a unilateral act of public authority by which the State appoints the civil servant to his position, in accordance with previously established general conditions, and thereby confers on him a status which is peculiar to him and from which his duties and rights are derived" (p. 1080). It is true that the case in question concerned a public servant. However, I see no conceptual distinction between appointing a mechanic pursuant to the appendix in the case at bar and appointing a public servant pursuant to the legislative authority the Court was considering in *Labrecque*. As I mentioned above, s. 520 gives the Société the option of appointing a third party. It could also have appointed a mechanic from its own staff. In either case, the

l'attribution d'un contrat et les entrepreneurs doivent s'assurer que la dépense est dûment autorisée. Il ressort d'ailleurs des conditions du contrat que 9052-0479 Québec Inc. a été choisie à la suite d'un appel d'offres. De telles règles ne font cependant pas du contrat administratif une catégorie juridique fondamentalement distincte. L'État est assujetti au *C.c.Q.* et celui-ci régit le contrat administratif (P. Garant, *Droit administratif* (5e éd. 2004), p. 385).

[87] Si je comprends bien l'approche de mes collègues de la majorité, ceux-ci concluent à l'application conjointe des droits et obligations découlant de l'annexe et des règles d'équité procédurale prévues par la *LJA*, tout en déclarant que M. Cyr n'occupe pas une charge publique. Cette dernière nuance est quelque peu étonnante. En effet, en vertu de sa désignation, un mécanicien délivre les certificats au nom de la Société. S'il n'agit ni comme mandataire contractuel, ni comme titulaire d'une charge publique à titre de mandataire légal, on peut se demander quelle nouvelle catégorie hybride aurait été créée par le Code. Cette approche se démarque de l'évolution de la jurisprudence en la matière depuis près de 30 ans.

[88] Déjà en 1980, dans *Labrecque*, la Cour rejetait à l'unanimité un argument analogue à celui retenu par mes collègues. Dans cette affaire, Québec plaidait que les rapports de l'État avec les fonctionnaires « résultent d'un acte unilatéral de puissance publique par lequel l'État nomme le fonctionnaire à son poste en conformité de conditions générales préétablies et lui confère par là un statut qui lui est propre et d'où découlent ses devoirs et ses droits » (p. 1080). Certes, il était alors question d'un fonctionnaire. Cependant, je ne vois pas de distinction conceptuelle entre la désignation d'un mécanicien en vertu de l'annexe et la désignation du fonctionnaire en application de l'autorisation législative que la Cour étudiait dans *Labrecque*. Comme je l'ai mentionné plus haut, la Société a la faculté, selon l'art. 520, de nommer un tiers. Elle aurait aussi pu nommer un mécanicien faisant partie de son personnel. Dans un cas comme dans l'autre, ces droits

rights and obligations are governed by a contract, be it a contract of employment or a mandate.

[89] The Court pursued its approach favouring application of the rules of contract in *Wells*. In that case, Mr. Wells had been appointed as a member of a public utilities board. His position was abolished, and he sued for damages. Although Mr. Wells had been appointed under a statute, the Court considered the written and verbal manifestations of the agreement under which he was appointed, as well as the applicable statutes and regulations and the common law. It concluded that there was an employment contract to which common law rules were applicable (paras. 33-36). The Court, in an *obiter dictum* in *Wells*, contemplated only one situation in which the rules of public law would apply: where no contractual rights existed (para. 24).

[90] The only decision in which the Court imposed a general duty to comply with the public law rules of procedural fairness in addition to contractual obligations was *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653. However, the import of that decision was recently tempered by the decision in *Dunsmuir*, in which the Court noted that the distinction between public office holders and employees is difficult to maintain both in practice and in theory. The Court pointed out that the distinction has caused uncertainty and led to conflicting decisions. It rejected the distinction for a number of reasons. One of them was that, historically, public office holders could be dismissed without compensation and without reasons being given, which warranted placing obligations on the state where no mechanism protected the individual in question. The deficiencies that justify resorting to the rules of public law are not present where there is an established contractual relationship. Thus, where an individual is protected by a contract of employment, public law remedies are not required. The protection afforded by private law rules is sufficient. *Wells* and *Dunsmuir* are therefore part of a process of modernizing and simplifying the rules applicable to relations between the state and the persons with whom it contracts.

et obligations sont régis par contrat : contrat d'emploi et mandat.

[89] L'approche de la Cour favorisant la reconnaissance des règles contractuelles s'est poursuivie dans *Wells*. Dans cette affaire, M. Wells, qui avait été nommé commissaire d'un organisme de services publics, a vu son poste être aboli et il a réclamé des dommages-intérêts. Malgré le fait que M. Wells ait été nommé en vertu d'une loi, la Cour a examiné les expressions verbales et écrites de l'entente qui avait mené à sa nomination, de même que les dispositions législatives et réglementaires et la common law. La Cour a conclu à l'existence d'un contrat de travail auquel les règles de la common law étaient applicables (par. 33-36). La seule circonstance à l'égard de laquelle la Cour a évoqué dans *Wells*, en obiter, l'application des règles du droit public est le cas d'absence de droits contractuels (par. 24).

[90] La seule décision dans laquelle la Cour a imposé un devoir général de respecter les règles du droit public concernant l'équité procédurale en sus des obligations contractuelles est *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653. La portée de cet arrêt est cependant nuancée par la décision récente de notre Cour dans l'affaire *Dunsmuir*, où la Cour reconnaît que la distinction entre titulaire de charge publique et employé est difficile à soutenir tant en pratique qu'en théorie. La Cour souligne que la distinction a créé de l'incertitude et a mené à des décisions contradictoires. Plusieurs raisons amènent la Cour à rejeter cette distinction. L'une d'elles est que, historiquement, les titulaires de charge publique pouvaient être démis de leurs fonctions sans indemnité et sans motif, ce qui justifiait d'imposer à l'État des obligations lorsqu'aucun mécanisme ne protégeait l'individu concerné. Les lacunes qui justifiaient le recours au droit public ne sont pas présentes dans les cas où il existe un rapport contractuel établi. Ainsi, lorsqu'un individu est protégé par un contrat d'emploi, le recours au droit public n'est pas requis. Le droit privé apporte une protection suffisante. Les arrêts *Wells* et *Dunsmuir* s'inscrivent donc dans une démarche de modernisation et de simplification des règles applicables aux rapports entre l'État et les personnes avec lesquelles il entretient des rapports contractuels.

[91] In the case at bar, if the *AAJ* does not apply to decisions of the Société affecting Mr. Cyr, he is still protected by the rules of the law of contract. His mandate cannot be terminated without just cause before its term has expired. The contract between the Société and 9052-0479 Québec Inc. sets out the conditions for resiliating or suspending the mandate. Clause A-2.1 of the appendix provides that the conditions for interrupting the contract apply to the appointment. The Société gave Mr. Cyr several warnings concerning breaches that appear to have been serious. If Mr. Cyr feels that the Société has violated his rights, he is not without recourse. If the Société has not complied with the rules for interrupting the contract, all the remedies provided for in the *C.C.Q.* and the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, are available to him. I see no deficiency that would justify imposing rules of procedural fairness where Mr. Cyr is protected by a contract and by the rules of the law of contract. I do not think that the Court should create a special hybrid scheme for the appointment of mechanics under s. 520. With respect, that is what the majority is doing.

4. Conclusion

[92] It can be seen from an analysis of the mechanisms established by the Code that there are three main types of relationships: those between the Société and its employees, those between it and persons who act on its behalf and, lastly, those between it and persons on whom it imposes restrictions as road vehicle users. The first two types of relationships are contractual in nature and are governed by the law of contract and the other applicable rules. In the third type, the persons concerned are subject to the Code and the other applicable rules.

[93] The appendix has all the characteristics of a contract. A conclusion that it is not a contract has no basis in either private or public law, and it creates confusion as regards the application of the Code.

[94] For these reasons, I would have allowed the appeal.

[91] En l'espèce, si la *LJA* ne s'applique pas aux décisions de la Société touchant M. Cyr, ce dernier demeure protégé par les règles du droit des contrats. Il ne peut être mis fin sans motif valable à son mandat avant la fin du terme prévu. Le contrat liant la Société et 9052-0479 Québec Inc. prévoit les conditions de résiliation et de suspension du mandat. La clause A-2.1 de l'annexe rend applicables à la désignation les conditions d'interruption du contrat. En l'espèce, la Société a donné de nombreux avis à M. Cyr concernant des manquements qui paraissent graves. Si ce dernier estime que la Société a contrevenu à ses droits, il n'est pas sans recours. Si la Société n'a pas respecté les règles applicables à l'interruption du contrat, M. Cyr dispose en effet de tous les recours prévus par le *C.c.Q.* et le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. Je ne vois pas de lacune qui justifierait d'imposer des règles d'équité procédurale alors que M. Cyr est protégé par un contrat et par les règles du droit des contrats. Je ne crois pas que la Cour doive créer un régime hybride particulier pour le cas de la désignation du mécanicien visé par l'art. 520. Avec égards, c'est ce que fait la majorité.

4. Conclusion

[92] L'analyse des mécanismes mis en place par le Code fait ressortir trois principaux types de rapports : ceux que la Société entretient avec son personnel, ceux qu'elle maintient avec les personnes qui agissent en son nom et finalement ceux qu'elle a avec les personnes auxquelles elle impose des contraintes à titre d'usager d'un véhicule routier. Dans les deux premiers cas, les rapports sont de nature contractuelle et sont régis par le droit des contrats et les autres règles applicables. Dans le troisième, les personnes visées sont régies par le Code et les autres règles applicables.

[93] L'annexe possède toutes les caractéristiques d'un contrat. Le fait de ne pas reconnaître cette nature contractuelle n'est justifié ni par le droit privé, ni par le droit public, et crée de la confusion dans l'application du Code.

[94] Pour ces motifs, j'aurais accueilli l'appel.

Appeal dismissed with costs, DESCHAMPS, ABELLA *and* CHARRON JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Dussault, Mayrand, Montréal.

Solicitors for the respondents: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Pourvoi rejeté avec dépens, DESCHAMPS, ABELLA *et* CHARRON *sont dissidentes.*

Procureurs de l'appelante : Dussault, Mayrand, Montréal.

Procureurs des intimés : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Rose Lameman, Francis Saulteaux, Nora Alook, Samuel Waskewitch and Elsie Gladue, on their own behalf and on behalf of all descendants of the Papaschase Indian Band No. 136 *Respondents*

and

Her Majesty The Queen in Right of Alberta *Respondent*

and

Assembly of First Nations and Federation of Saskatchewan Indian Nations *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) *v.* LAMEMAN

Neutral citation: 2008 SCC 14.

File No.: 31871.

2008: February 22; 2008: April 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Limitation of actions — Action by aboriginal people — Discovery of cause of action — Action brought against Crown based on breach of fiduciary duty, fraudulent and malicious behaviour and treaty breach — Whether claims statute-barred — Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, c. L-15, s. 4.

In 1877, the Papaschase Indians were allotted a reserve in what is now southeast Edmonton. In 1886, Chief Papaschase and other members of his Band surrendered their treaty rights and rights connected with the Reserve in exchange for a cash payment. Three men and their families, found to be the remaining members of the Band, entered into an agreement with the government in 1889 to surrender their interest in the Reserve

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Rose Lameman, Francis Saulteaux, Nora Alook, Samuel Waskewitch et Elsie Gladue, en leur nom et au nom de tous les descendants de la bande indienne Papaschase nº 136 *Intimés*

et

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta *Intimée*

et

Assemblée des Premières Nations et Fédération des Nations indiennes de la Saskatchewan *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) *c.* LAMEMAN

Référence neutre : 2008 CSC 14.

Nº du greffe : 31871.

2008 : 22 février; 2008 : 3 avril.

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

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

Prescription — Action intentée par des Autochtones — Découverte des causes d'action — Action contre la Couronne pour manquement à une obligation fiduciaire, actes frauduleux et malveillants, et manquements à un traité — Les demandes sont-elles prescrites? — Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, ch. L-15, art. 4.

En 1877, une réserve a été attribuée aux Indiens Papaschase à l'endroit où se trouve aujourd'hui le sud-est d'Edmonton. En 1886, le chef Papaschase et d'autres membres de la bande ont renoncé à leurs droits issus d'un traité et relatifs à la réserve en contrepartie d'un paiement en espèces. Par une entente conclue avec le gouvernement en 1889, les membres restants de la bande qui ont été retracés — trois hommes et leur famille

with a view to its sale or lease, on the condition that the proceeds be held in trust and paid to Band members and their descendants. In 2001, the plaintiffs, claiming to be descendants of Chief Papaschase and other Papaschase Band members, commenced an action against the Crown for breach of fiduciary duty, fraudulent and malicious behaviour, and treaty breach. The Crown applied for summary dismissal of the claims. The chambers judge granted the application. He found that (1) most of the claims in the action failed to show a genuine issue for trial; (2) the plaintiffs did not have standing to bring the action; and (3) the claims were barred by the Alberta *Limitation of Actions Act*, with the exception of the claim for an accounting of any proceeds of sale of the Reserve the Crown might still have in its possession. The Court of Appeal set aside the decision, holding that all or most of the issues raised were genuine, triable issues, including the standing and limitations issues.

Held: The appeal should be allowed.

The chambers judge's order should be restored. A defendant who seeks summary dismissal must prove that there is "no genuine issue of material fact requiring trial". In this case, there is no "genuine issue" for trial. Assuming that the claims disclosed triable issues and that standing could be established, the claims, except the claim for an accounting, are barred by the *Limitation of Actions Act*. The claim relating to the accounting of any proceeds received from the sale of the Reserve is a continuing claim and not caught by the Act. The evidence filed by the government established that the causes of action now raised would have been clear in the 1970s to the plaintiffs, exercising due diligence. The plaintiffs filed no material in response to this evidence. The only available inference on the state of the evidence is that the causes of action became discoverable within the meaning of the *Limitation of Actions Act* in the 1970s and that the claims are now statute-barred. Accordingly, the plaintiffs' action should be dismissed, with the exception of the claim for an accounting, provided that the Crown is still in possession of the funds received from the sale of the reserve lands and that a plaintiff demonstrate that he or she has standing to bring this claim. [1] [11-12] [17-18]

respective —, ont cédé leur intérêt dans la réserve en vue de sa location ou de sa vente, à la condition que le produit de l'opération soit détenu en fiducie et versé aux membres de la bande et à leurs descendants. En 2001, les demandeurs, se disant les descendants du chef Papaschase et d'autres membres de la bande Papaschase, ont intenté une action contre la Couronne pour manquements à une obligation fiduciaire, actes frauduleux et malveillants, et manquements à un traité. La Couronne a présenté une requête en jugement sommaire pour faire rejeter les demandes. Le juge en chambre a accueilli la requête. Il a conclu que (1) la plupart des allégations ne suscitaient pas de véritables questions justifiant un procès; (2) les demandeurs n'avait pas qualité pour intenter l'action; (3) les demandes étaient prescrites par application de la *Limitation of Actions Act* de l'Alberta, sauf pour la reddition de compte relative aux sommes provenant du produit de la vente que la Couronne pouvait avoir encore en sa possession. La Cour d'appel a infirmé cette décision, statuant que la totalité ou la plupart des questions soulevées étaient de véritables questions donnant matière à procès, notamment en ce qui concernait la qualité des demandeurs et la prescription.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

L'ordonnance du juge en chambre doit être rétablie. Pour faire rejeter sommairement l'action, le défendeur doit démontrer « qu'il n'y a aucune véritable question de fait importante qui requiert la tenue d'un procès ». En l'espèce, il n'existe pas de « véritable question » à débattre. À supposer que la déclaration soulève des questions donnant matière à procès et qu'il soit possible d'établir la qualité des demandeurs, les demandes sont prescrites par application de la *Limitation of Actions Act*, sauf en ce qui concerne la reddition de compte. La demande de reddition de compte relative au produit de la vente de la réserve est une demande de nature continue non visée par cette loi. Il ressort de la preuve déposée par le gouvernement que, dans les années 1970, les demandeurs auraient pu constater, à l'évidence, l'existence des causes d'action maintenant invoquées s'ils avaient fait preuve de diligence raisonnable. Les demandeurs n'ont présenté aucun élément en réponse à cette preuve. Dans l'état de la preuve, la seule inférence possible est que la découverte des causes d'action, au sens de la *Limitation of Actions Act*, est devenue possible dans les années 1970, et que les demandes sont maintenant prescrites. Par conséquent, l'action des demandeurs devrait être rejetée, sauf pour la reddition de compte, à la condition que la Couronne ait toujours en sa possession les fonds provenant de la vente des terres de réserve et qu'un demandeur démontre avoir qualité pour réclamer cette reddition de compte. [1] [11-12] [17-18]

Cases Cited

Referred to: *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *1061590 Ontario Ltd. v. Ontario Jockey Club* (1995), 21 O.R. (3d) 547; *Tucson Properties Ltd. v. Sentry Resources Ltd.* (1982), 22 Alta. L.R. (2d) 44; *Murphy Oil Co. v. Predator Corp.* (2004), 365 A.R. 326, 2004 ABQB 688, aff'd (2006), 55 Alta. L.R. (4th) 1, 2006 ABCA 69; *Transamerica Life Insurance Co. of Canada v. Canada Life Assurance Co.* (1996), 28 O.R. (3d) 423; *Goudie v. Ottawa (City)*, [2003] 1 S.C.R. 141, 2003 SCC 14; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147.

Statutes and Regulations Cited

Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, c. L-15, s. 4.
Limitations Act, S.A. 1996, c. L-15.1, s. 13.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté and Paperny JJ.A. and Sulyma J. (*ad hoc*)) (2006), 66 Alta. L.R. (4th) 243, 404 A.R. 349, [2007] 2 W.W.R. 440, [2007] 2 C.N.L.R. 283, [2006] A.J. No. 1603 (QL), 2006 CarswellAlta 1686, 2006 ABCA 392, reversing in part a decision by Slatter J. (2004), 43 Alta. L.R. (4th) 41, 365 A.R. 1, [2005] 8 W.W.R. 442, [2004] 4 C.N.L.R. 110, [2004] A.J. No. 999 (QL), 2004 CarswellAlta 1170, 2004 ABQB 655, summarily dismissing the plaintiffs' claims against the Crown. Appeal allowed.

Mark R. Kindrachuk, *Q.C.*, and *Michele E. Annich*, for the appellant.

Eugene Meehan, *Q.C.*, *Ronald S. Maurice* and *Marie-France Major*, for the respondents Lameman et al.

Written submissions only by *Donald N. Kruk* and *Angela Edgington*, for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Alberta.

Bryan P. Schwartz and *Chief Wilton Littlechild*, *Q.C.*, for the intervener the Assembly of First Nations.

Written submissions only by *Michelle J. Ouellette*, *Q.C.*, for the intervener the Federation of Saskatchewan Indian Nations.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *1061590 Ontario Ltd. c. Ontario Jockey Club* (1995), 21 O.R. (3d) 547; *Tucson Properties Ltd. c. Sentry Resources Ltd.* (1982), 22 Alta. L.R. (2d) 44; *Murphy Oil Co. c. Predator Corp.* (2004), 365 A.R. 326, 2004 ABQB 688, conf. par (2006), 55 Alta. L.R. (4th) 1, 2006 ABCA 69; *Transamerica Life Insurance Co. of Canada c. Canada Life Assurance Co.* (1996), 28 O.R. (3d) 423; *Goudie c. Ottawa (Ville)*, [2003] 1 R.C.S. 141, 2003 CSC 14; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147.

Lois et règlements cités

Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, ch. L-15, art. 4.
Limitations Act, S.A. 1996, ch. L-15.1, art. 13.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté et Paperny et la juge Sulyma (*ad hoc*)) (2006), 66 Alta. L.R. (4th) 243, 404 A.R. 349, [2007] 2 W.W.R. 440, [2007] 2 C.N.L.R. 283, [2006] A.J. No. 1603 (QL), 2006 CarswellAlta 1686, 2006 ABCA 392, infirmant en partie une décision du juge Slatter (2004), 43 Alta. L.R. (4th) 41, 365 A.R. 1, [2005] 8 W.W.R. 442, [2004] 4 C.N.L.R. 110, [2004] A.J. No. 999 (QL), 2004 CarswellAlta 1170, 2004 ABQB 655, qui avait rejeté sommairement les demandes des demandeurs contre la Couronne. Pourvoi accueilli.

Mark R. Kindrachuk, *c.r.*, et *Michele E. Annich*, pour l'appelant.

Eugene Meehan, *c.r.*, *Ronald S. Maurice* et *Marie-France Major*, pour les intimés Lameman et autres.

Argumentation écrite seulement par *Donald N. Kruk* et *Angela Edgington*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta.

Bryan P. Schwartz et *Chief Wilton Littlechild*, *c.r.*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Argumentation écrite seulement par *Michelle J. Ouellette*, *c.r.*, pour l'intervenante la Fédération des Nations indiennes de la Saskatchewan.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — We are all of the view that the appeal should be allowed and the order of the chambers judge restored. It follows that the plaintiffs' action should be dismissed, with the exception of claims relating to accounting for funds received from the sale of the reserve lands, provided that the appellant is still in possession of such funds and that a plaintiff demonstrate that he or she has standing to bring this claim.

[2] The plaintiffs bring this action on their own behalf and on behalf of all descendants of the Papaschase Indian Band No. 136. The facts are shrouded in the mists of time and some details are disputed, but the broad picture is the following.

[3] In 1877, the Papaschase Indians adhered to Treaty No. 6 and were allotted a reserve in what is now southeast Edmonton. In 1886, Chief Papaschase and a number of other members of his Band — the Band's core leadership group — "took scrip". This meant that in exchange for a cash payment they surrendered their treaty rights and rights connected with the Reserve. These members left the Reserve. A few years later in 1889, the people whom government officials found to be remaining members of the Band — three men and their families — entered into an agreement to surrender their interest in the Reserve to the government with a view to its sale or lease, on condition that the proceeds be held in trust and paid to Band members and their descendants. It appears that these people ended up joining the Enoch Band. Over the years, the government paid monies from the sale of the Papaschase Reserve to the members of the Enoch Band, in accordance with an agreement signed in 1894 between the government and the two surviving Band members who had agreed to the Reserve's surrender.

[4] In 2001, the plaintiffs, claiming to be descendants of Chief Papaschase and other Papaschase Band members, commenced an action against the Crown. Their claim alleged that the government

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Nous sommes tous d'avis que le pourvoi devrait être accueilli et l'ordonnance du juge en chambre rétablie. L'action des demandeurs devrait par conséquent être rejetée, sauf pour la reddition de compte à l'égard des fonds provenant de la vente des terres de réserve, à la condition que l'appelant ait toujours ces fonds en sa possession et qu'un demandeur démontre avoir qualité pour réclamer cette reddition de compte.

[2] Les demandeurs intentent l'action en leur propre nom et au nom de tous les descendants de la bande indienne Papaschase n° 136. Les faits se perdent dans la nuit des temps et certains détails sont litigieux, mais en voici néanmoins un aperçu général.

[3] En 1877, les Indiens Papaschase ont adhéré au Traité n° 6 et on leur a attribué une réserve, là où se trouve aujourd'hui le sud-est d'Edmonton. En 1886, le chef Papaschase et d'autres membres de la bande — le groupe à la tête de la bande — ont « accepté un certificat ». C'est-à-dire que, en contrepartie d'un paiement en espèces, ils ont renoncé à leurs droits issus du traité et relatifs à la réserve. Ces membres de la bande ont quitté la réserve. Quelques années plus tard, en 1889, les membres restants de la bande que les représentants du gouvernement ont pu retracer — trois hommes et leur famille respective — ont accepté de céder au gouvernement leur intérêt dans la réserve en vue de sa location ou de sa vente, à condition que le produit de l'opération soit détenu en fiducie et versé aux membres de la bande et à leurs descendants. Ces personnes se seraient finalement jointes à la bande Enoch. Au fil des ans, le gouvernement a versé aux membres de la bande Enoch des sommes provenant de la vente de la réserve Papaschase, suivant une entente signée en 1894 entre le gouvernement et les deux membres survivants de la bande qui avaient consenti à la cession de la réserve.

[4] En 2001, les demandeurs, se disant les descendants du chef Papaschase et d'autres membres de la bande Papaschase, ont intenté une action contre la Couronne. Ils reprochaient au gouvernement

had wrongfully allowed Papaschase Band members to take scrip without properly advising them of the consequences; that the government had wrongfully pressured the Band to surrender the Reserve under the influence of the Edmonton settlement's lobbying; and that the government had thereby caused the dissolution of the Band. The claim also alleged that the government did not follow the rules to obtain a legal surrender of the Reserve; that the government had not sold the Reserve land for market value; and that the government had mismanaged the sale proceeds, in particular by distributing them to the Enoch Band. Finally, the claim alleged that the government had breached its treaty obligations by not granting the Band all the land to which it was entitled under the Treaty; and by failing to provide the Band with farming implements, and food in times of famine. These allegations, it was said, gave rise to causes of action for breach of fiduciary duty, fraudulent and malicious behaviour, and treaty breach.

[5] The government brought a motion for summary judgment, asking that the claim be dismissed on the ground that the allegations in the statement of claim raised no genuine issue for trial. The main issues on the motion were: (1) whether the facts alleged disclosed triable issues; (2) whether the plaintiffs had standing to raise these issues; and (3) whether the claims were barred by statutes of limitations or the equitable doctrines of laches and acquiescence.

[6] The chambers judge, Slatter J., found that most of the claims lacked the factual basis necessary to qualify as genuine issues for trial: (2004), 43 Alta. L.R. (4th) 41, 2004 ABQB 655. However, he held that the statement of claim disclosed three triable issues: (1) whether the Reserve granted to the Papaschase Band was the proper size; (2) whether the government had properly disposed of the proceeds of the sale of the Reserve; and (3) whether the Crown had breached the Band's treaty rights to food.

d'avoir illicitement laissé des membres de la bande Papaschase accepter un certificat sans les informer adéquatement des conséquences; d'avoir illicitement fait pression sur la bande pour qu'elle cède la réserve, sous l'influence des pressions exercées par les colons d'Edmonton; et d'avoir ainsi causé la dissolution de la bande. Les demandeurs reprochaient en outre au gouvernement de ne pas avoir suivi les règles lors de la cession de la réserve; de ne pas avoir vendu les terres de réserve à leur valeur marchande; et de ne pas avoir correctement géré le produit de la vente, notamment en le distribuant à la bande Enoch. Ils soutenaient enfin que le gouvernement avait manqué à ses obligations énoncées dans le traité en n'octroyant pas à la bande la totalité des terres auxquelles le traité lui donnait droit et en ne lui procurant pas du matériel agricole et une aide alimentaire en période de famine. Selon les demandeurs, ces allégations donnaient naissance à des causes d'action pour manquement à une obligation fiduciaire, actes frauduleux et malveillants, et manquements à un traité.

[5] Le gouvernement a présenté une requête en jugement sommaire, par laquelle il demandait le rejet de l'action au motif que les allégations contenues dans la déclaration ne suscitaient aucune véritable question justifiant un procès. Les principales questions soulevées par la requête étaient celles de savoir : (1) si les faits allégués révélaient l'existence de questions donnant matière à procès; (2) si les demandeurs avaient qualité pour soulever ces questions; (3) si la prescription ou les doctrines en equity de l'acquiescement et du manque de diligence étaient opposables à l'action.

[6] Le juge en chambre Slatter a estimé la plupart des allégations dépourvues du fondement factuel nécessaire pour pouvoir être considérées comme de véritables questions justifiant un procès : (2004), 43 Alta. L.R. (4th) 41, 2004 ABQB 655. Il a cependant conclu que la déclaration soulevait trois questions donnant matière à procès : (1) la réserve octroyée à la bande Papaschase avait-elle la superficie appropriée? (2) le gouvernement avait-il distribué correctement le produit de la vente de la réserve? (3) la Couronne avait-elle violé les droits de la bande à l'aide alimentaire prévue par le traité?

[7] The chambers judge went on to find against the plaintiffs on the remaining two issues. He found the plaintiffs lacked standing to bring the representative action; they were claiming collective rights of a Band that had ceased to exist, and did not meet the criteria for Band membership (i.e. showing their ancestors were Band members who had not taken up scrip or joined other bands, or by showing their ancestors were entitled to funds from the Reserve sale). And he found that the claims were barred by the *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, c. L-15, with the exception of the claim for an accounting of any proceeds of sale the Crown might still have in its possession.

[8] The majority of the Court of Appeal found that all or most of the issues raised were genuine, triable issues, with Côté J.A. dissenting and finding that the claims for malice, fraud and bad faith should be dismissed: (2006), 66 Alta. L.R. (4th) 243, 2006 ABCA 392. Unlike the chambers judge, the Court of Appeal found that whether the plaintiffs had standing to bring the action was a triable issue. It cited the circularity and unfairness of denying Band status for purposes of litigating the destruction of Band status; and held that the government bore the burden of proving that there were no persons in existence who could have standing. On the limitations issue, the Court of Appeal held that the evidence was mixed on whether the claim was discoverable in the 1970s and that this was a matter that should be resolved at trial.

[9] The government appeals to this Court, asking us to dismiss the plaintiffs' action on the grounds that they have no standing and that their claims are statute-barred, and asking us to reinstate the order of the chambers judge. We note that no notice of a constitutional question was given, and that no constitutional challenges lie before the Court.

[7] Le juge en chambre a ensuite rejeté les prétentions des demandeurs sur les deux questions restantes. Selon lui, les demandeurs n'avaient pas qualité pour intenter un recours collectif; ils revendiquaient les droits collectifs d'une bande qui avait cessé d'exister, et ils ne répondaient pas aux critères d'appartenance à la bande (il leur aurait fallu démontrer que leurs ancêtres étaient des membres de la bande qui n'avaient pas accepté un certificat et ne s'étaient pas joints à d'autres bandes, ou que leurs ancêtres avaient droit à des fonds provenant de la vente de la réserve). Il a conclu aussi que l'action était prescrite par application de la *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, ch. L-15, sauf pour la reddition de compte relative aux sommes provenant du produit de la vente que la Couronne pourrait avoir encore en sa possession.

[8] La majorité de la Cour d'appel a conclu que la totalité ou la plupart des questions soulevées étaient de véritables questions donnant matière à procès. Le juge Côté, dissident, estimait qu'il y avait lieu de rejeter les demandes fondées sur la malveillance, la fraude et la mauvaise foi : (2006), 66 Alta. L.R. (4th) 243, 2006 ABCA 392. Contrairement au juge en chambre, la Cour d'appel a jugé que la question de savoir si les demandeurs avaient qualité pour intenter l'action était une question donnant matière à procès. Elle a évoqué la circularité et l'injustice de nier le statut de bande lorsque l'instance a pour but de contester l'anéantissement du statut de bande et elle a conclu qu'il incombait au gouvernement de prouver qu'il n'existait aucune personne susceptible d'avoir qualité pour agir. Au sujet de la prescription, la Cour d'appel a jugé que, sur la question de savoir si la cause d'action était susceptible d'être découverte dans les années 1970, la preuve était contradictoire et que ce point devrait être tranché au procès.

[9] Le gouvernement interjette appel devant la Cour, nous demandant de rejeter l'action des demandeurs, au motif qu'ils n'avaient pas qualité pour l'intenter et que leurs demandes sont prescrites, et de rétablir l'ordonnance du juge en chambre. Nous signalons qu'aucun avis de question constitutionnelle n'a été donné, et que la Cour n'est saisie d'aucune contestation constitutionnelle.

[10] This appeal is from an application for summary judgment. The summary judgment rule serves an important purpose in the civil litigation system. It prevents claims or defences that have no chance of success from proceeding to trial. Trying unmeritorious claims imposes a heavy price in terms of time and cost on the parties to the litigation and on the justice system. It is essential to the proper operation of the justice system and beneficial to the parties that claims that have no chance of success be weeded out at an early stage. Conversely, it is essential to justice that claims disclosing real issues that may be successful proceed to trial.

[11] For this reason, the bar on a motion for summary judgment is high. The defendant who seeks summary dismissal bears the evidentiary burden of showing that there is "no genuine issue of material fact requiring trial": *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423, at para. 27. The defendant must prove this; it cannot rely on mere allegations or the pleadings: *1061590 Ontario Ltd. v. Ontario Jockey Club* (1995), 21 O.R. (3d) 547 (C.A.); *Tucson Properties Ltd. v. Sentry Resources Ltd.* (1982), 22 Alta. L.R. (2d) 44 (Q.B. (Master)), at pp. 46-47. If the defendant does prove this, the plaintiff must either refute or counter the defendant's evidence, or risk summary dismissal: *Murphy Oil Co. v. Predator Corp.* (2004), 365 A.R. 326, 2004 ABQB 688, at p. 331, aff'd (2006), 55 Alta. L.R. (4th) 1, 2006 ABCA 69. Each side must "put its best foot forward" with respect to the existence or non-existence of material issues to be tried: *Transamerica Life Insurance Co. of Canada v. Canada Life Assurance Co.* (1996), 28 O.R. (3d) 423 (Gen. Div.), at p. 434; *Goudie v. Ottawa (City)*, [2003] 1 S.C.R. 141, 2003 SCC 14, at para. 32. The chambers judge may make inferences of fact based on the undisputed facts before the court, as long as the inferences are strongly supported by the facts: *Guarantee Co. of North America*, at para. 30.

[10] Le pourvoi concerne une requête en jugement sommaire. La règle du jugement sommaire sert une fin importante dans le système de justice civile. Elle permet d'empêcher les demandes et les défenses qui n'ont aucune chance de succès de se rendre jusqu'à l'étape du procès. L'instruction de prétentions manifestement non fondées a un prix très élevé, en temps et en argent, pour les parties au litige comme pour le système judiciaire. Il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et avantageux pour les parties, que les demandes qui n'ont aucune chance de succès soient écartées tôt dans le processus. Inversement, la justice exige que les prétentions qui soulèvent de véritables questions litigieuses susceptibles d'être accueillies soient instruites.

[11] C'est pourquoi les exigences auxquelles il faut satisfaire pour obtenir un jugement sommaire sont élevées. Pour faire rejeter sommairement l'action, le défendeur doit démontrer « qu'il n'y a aucune véritable question de fait importante qui requiert la tenue d'un procès » : *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, par. 27. Il doit le démontrer en produisant des éléments de preuve; il ne peut se fonder sur de simples allégations ou sur les actes de procédure : *1061590 Ontario Ltd. c. Ontario Jockey Club* (1995), 21 O.R. (3d) 547 (C.A.); *Tucson Properties Ltd. c. Sentry Resources Ltd.* (1982), 22 Alta. L.R. (2d) 44 (B.R. (protonotaire)), p. 46-47. Si le défendeur présente cette preuve, le demandeur doit soit la réfuter soit présenter une contre-preuve, sans quoi l'action risque d'être rejetée sommairement : *Murphy Oil Co. c. Predator Corp.* (2004), 365 A.R. 326, 2004 ABQB 688, p. 331, conf. par (2006), 55 Alta. L.R. (4th) 1, 2006 ABCA 69. Chaque partie doit [TRADUCTION] « présenter ses meilleurs arguments » en ce qui concerne l'existence ou la non-existence de questions importantes à débattre : *Transamerica Life Insurance Co. of Canada c. Canada Life Assurance Co.* (1996), 28 O.R. (3d) 423 (Div. gén.), p. 434; *Goudie c. Ottawa (Ville)*, [2003] 1 R.C.S. 141, 2003 CSC 14, par. 32. Le juge en chambre peut faire des inférences de fait à partir des faits non contestés dont il est saisi, à la condition qu'elles soient solidement étayées par les faits : *Guarantee Co. of North America*, par. 30.

[12] We are of the view that, assuming that the claims disclosed triable issues and that standing could be established, the claims are barred by operation of the *Limitation of Actions Act*. There is "no genuine issue" for trial. Were the action allowed to proceed to trial, it would surely fail on this ground. Accordingly, we agree with the chambers judge that it must be struck out, except for the claim for an accounting of the proceeds of sale, which is a continuing claim and not caught by the *Limitation of Actions Act*.

[13] This Court emphasized in *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79, that the rules on limitation periods apply to Aboriginal claims. The policy behind limitation periods is to strike a balance between protecting the defendant's entitlement, after a time, to organize his affairs without fearing a suit, and treating the plaintiff fairly with regard to his circumstances. This policy applies as much to Aboriginal claims as to other claims, as stated at para. 121 of *Wewaykum*:

> Witnesses are no longer available, historical documents are lost and difficult to contextualize, and expectations of fair practices change. Evolving standards of conduct and new standards of liability eventually make it unfair to judge actions of the past by the standards of today.

[14] Pursuant to s. 13 of the *Limitations Act*, S.A. 1996, c. L-15.1, Aboriginal claims are governed by the previous *Limitation of Actions Act*. The applicable limitation periods provision reads:

> 4(1) The following actions shall be commenced within and not after the time respectively hereinafter mentioned:
>
> . . .
>
> (c) actions
>
> (i) for the recovery of money, other than a debt charged on land, whether recoverable as a debt

[12] Nous sommes d'avis que, à supposer que la déclaration soulève des questions donnant matière à procès et qu'il soit possible d'établir la qualité des demandeurs, les demandes sont prescrites par application de la *Limitation of Actions Act*. Il n'existe donc « aucune véritable question » à débattre. Si on la laissait suivre son cours jusqu'à l'instruction, l'action serait assurément rejetée pour ce motif. C'est pourquoi nous estimons, comme le juge en chambre, qu'elle doit être radiée, sauf pour la demande de reddition de compte relative au produit de la vente, qui est une demande de nature continue non visée par la *Limitation of Actions Act*.

[13] La Cour a souligné dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, que les règles sur les délais de prescription s'appliquent aux revendications autochtones. Les délais de prescription répondent à la recherche d'un équilibre entre la nécessité de protéger le droit du défendeur, après un certain temps, d'organiser ses affaires sans craindre une poursuite et celle de traiter le demandeur équitablement compte tenu de sa situation. Cela vaut autant pour les revendications autochtones que pour les autres, comme il est précisé au par. 121 de *Wewaykum* :

> Des témoins ne sont plus disponibles, des documents historiques ont disparu ou sont difficiles à mettre en contexte et l'idée de ce que constituent des pratiques loyales évolue. En raison de l'évolution des normes de conduite et de l'application de nouvelles normes en matière de responsabilité, il devient inéquitable de juger des actions passées au regard de normes contemporaines.

[14] Selon l'article 13 de la *Limitations Act*, S.A. 1996, ch. L-15.1, les revendications autochtones sont régies par l'ancienne *Limitation of Actions Act*. Voici les délais de prescription applicables :

[TRADUCTION]

> 4(1) Les actions suivantes se prescrivent par les délais respectifs indiqués ci-dessous :
>
> . . .
>
> (c) une action
>
> (i) en recouvrement d'une somme d'argent, sauf celle relative à une créance grevant un

or damages or otherwise, and whether on a recognizance, bond, covenant or other specialty or on a simple contract, express or implied, or

(ii) for an account or for not accounting,

within 6 years after the cause of action arose;

. . .

(e) actions grounded on accident, mistake or other equitable ground of relief not hereinbefore specifically dealt with, within 6 years from the discovery of the cause of action;

. . .

(g) any other action not in this Act or any other Act specifically provided for, within 6 years after the cause of action therein arose.

bien-fonds, que cette somme d'argent soit recouvrable à titre de dette, de dommages-intérêts ou à un autre titre, et que cette somme découle d'un engagement, d'un cautionnement, d'un covenant, d'un autre contrat formaliste ou d'un contrat nu, exprès ou tacite;

(ii) en reddition de compte ou pour non-reddition de compte;

se prescrit par 6 ans, à compter de la naissance de la cause d'action;

. . .

(e) une action fondée sur un accident, une erreur ou un autre motif de recours reconnu en equity qui n'est pas régi par les dispositions qui précèdent se prescrit par 6 ans, à compter de la découverte de la cause d'action;

. . .

(g) une autre action qui n'est pas expressément régie par une disposition de la présente loi ou d'une autre loi se prescrit par 6 ans, à compter de la naissance de la cause d'action.

[15] The issue becomes when the cause of action "arose" or, in the case of equitable claims, was actually "discovered".

[15] Il s'agit donc de déterminer à quel moment la cause d'action a pris naissance ou, dans le cas d'une demande en equity, à quel moment elle a été réellement découverte.

[16] The applicable definition of when a cause of action arises was articulated by this Court in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, at p. 224:

. . . a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence . . . . [Emphasis added.]

[16] La Cour a défini le moment auquel une cause d'action prend naissance dans *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, p. 224 :

. . . une cause d'action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable . . . [Nous soulignons.]

[17] It is argued that the causes of action here advanced were discoverable as early as the 1880s and 1890s. We do not find it necessary, however, to go back so far. The evidence filed by the government establishes that in the 1970s the causes of action now raised would have been clear to the plaintiffs, exercising due diligence. In the

[17] On fait valoir que les causes d'action invoquées en l'espèce auraient pu être découvertes dès les années 1880 et 1890. Mais il n'est pas nécessaire, à notre avis, de remonter aussi loin. Il ressort de la preuve déposée par le gouvernement que, dans les années 1970, les demandeurs auraient pu constater, à l'évidence, l'existence des causes d'action

mid-1970s, an Edmonton lawyer, James C. Robb, sent letters of inquiry to the Department of Indian and Northern Affairs on behalf of unidentified Papaschase descendants. The ensuing correspondence reveals that in 1974, a group of Papaschase descendants intended to submit a land claim "in the near future". This suggests some actual knowledge of the relevant facts, but there is more. When the Department advised Mr. Robb that the Enoch Band had already submitted a claim regarding the surrender of the Papaschase Reserve, Mr. Robb responded that a joint claim would not be possible. Having been informed of the Enoch Band's claim, these Papaschase descendants knew that the Enoch Band had or was in the process of gathering the relevant information. Indeed, in 1979 the Enoch Band provided funding to Kenneth James Tyler to write a Master's thesis on the events surrounding the surrender of the Papaschase Reserve. The Tyler Thesis covers most if not all of the facts that form the basis of the claims in this action. Mr. Tyler interviewed several Enoch Band elders in the course of his research. It is thus clear that members of the Enoch Band were aware of the facts on which this action was based in 1979. The chambers judge, on all the evidence, concluded that any interested party exercising due diligence could have uncovered the same facts Mr. Tyler did.

[18] The plaintiffs filed no material in response to this evidence. They did not say whether or not, in the 1970s, they knew of the causes of action they now raise. There is no explanation for how, as members of the Papaschase Descendants Council, they could have been unaware of these matters, with due diligence, when some Papaschase descendants were aware of the Enoch Band's claim. On this state of the evidence, the only available inference is that these causes of action became discoverable within the meaning of the *Limitation of Actions*

qui sont maintenant invoquées, s'ils avaient fait preuve de diligence raisonnable. Au milieu des années 1970, un avocat d'Edmonton, James C. Robb, a écrit à plusieurs reprises au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien au nom de descendants non identifiés de la bande Papaschase pour demander des renseignements. La correspondance qui a suivi révèle que, en 1974, un groupe de descendants de la bande Papaschase avait l'intention de présenter une revendication territoriale [TRADUCTION] « dans un proche avenir ». Ces faits laissent croire à une certaine connaissance réelle des faits pertinents, mais il y a plus. Lorsque le ministère a informé M^e^ Robb que la bande Enoch avait déjà présenté une revendication au sujet de la cession de la réserve Papaschase, M^e^ Robb a répondu qu'une revendication conjointe ne serait pas possible. Ayant été informés de la revendication de la bande Enoch, ces descendants de la bande Papaschase savaient que la bande Enoch avait réuni l'information pertinente ou était en train de la réunir. En 1979, du reste, la bande Enoch a aidé financièrement Kenneth James Tyler à rédiger un mémoire de maîtrise sur les événements relatifs à la cession de la réserve Papaschase. Le mémoire de M. Tyler relate la plupart, voire la totalité des faits à l'origine des demandes formulées dans la présente action. Dans le cadre de sa recherche, M. Tyler s'est entretenu avec plusieurs anciens de la bande Enoch. Il est donc clair que des membres de la bande Enoch étaient au courant, en 1979, des faits sur lesquels l'action est fondée. Le juge en chambre a conclu, à la lumière de l'ensemble de la preuve, que toute partie intéressée faisant preuve de la diligence requise aurait découvert les mêmes faits que M. Tyler.

[18] Les demandeurs n'ont présenté aucun élément en réponse à cette preuve. Ils n'ont pas dit si, dans les années 1970, ils étaient ou non au courant des causes d'action qu'ils invoquent maintenant. Ils n'ont pas expliqué comment, à titre de membres du Conseil des descendants de la bande Papaschase, ils auraient pu ignorer ces choses s'ils avaient exercé la diligence requise, alors que certains descendants de la bande Papaschase étaient au courant de la revendication de la bande Enoch. Dans l'état de la preuve, la seule inférence possible

Act in the 1970s, and that the claims are now statute-barred.

[19] We add this. In the Court of Appeal and here, the case for the plaintiffs was put forward, not only on the basis of evidence actually adduced on the summary judgment motion, but on suggestions of evidence that might be adduced, or amendments that might be made, if the matter were to go to trial. A summary judgment motion cannot be defeated by vague references to what may be adduced in the future, if the matter is allowed to proceed. To accept that proposition would be to undermine the rationale of the rule. A motion for summary judgment must be judged on the basis of the pleadings and materials actually before the judge, not on suppositions about what might be pleaded or proved in the future. This applies to Aboriginal claims as much as to any others.

[20] For these reasons, we would allow the appeal and restore the order of the chambers judge. Each party should bear its own costs in this Court.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Deputy Attorney General of Canada, Saskatoon.

Solicitors for the respondents Lameman et al.: Lang Michener, Ottawa; Maurice Law, Redwood Meadows, Alberta.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

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

Solicitors for the intervener the Federation of Saskatchewan Indian Nations: McKercher McKercher & Whitmore, Saskatoon.

est que la découverte des causes d'action, au sens de la *Limitation of Actions Act*, est devenue possible dans les années 1970, et que les demandes sont maintenant prescrites.

[19] Nous ajouterons ceci. Devant la Cour d'appel et devant notre Cour, la cause des demandeurs a été plaidée sur le fondement, non seulement de la preuve effectivement produite dans le cadre de la requête en jugement sommaire, mais aussi des éléments de preuve qui pourraient éventuellement être produits ou des modifications susceptibles d'être apportées advenant la tenue d'un procès. Une requête en jugement sommaire ne peut être rejetée sur la base de vagues allusions à ce qui pourrait être déposé en preuve ultérieurement si l'instance suit son cours jusqu'à l'instruction. Accepter cela irait à l'encontre de la raison d'être de la règle. Une requête en jugement sommaire doit être jugée sur la base des actes de procédure et des éléments de preuve dont le juge est véritablement saisi, et non en fonction de suppositions quant à ce qui pourrait être plaidé ou établi plus tard. Cela vaut en matière de revendications autochtones comme en toute autre matière.

[20] Pour ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance du juge en chambre. Chaque partie assumera ses propres dépens devant notre Cour.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Sous-procureur général du Canada, Saskatoon.

Procureurs des intimés Lameman et autres : Lang Michener, Ottawa; Maurice Law, Redwood Meadows, Alberta.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.

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

Procureurs de l'intervenante la Fédération des Nations indiennes de la Saskatchewan : McKercher McKercher & Whitmore, Saskatoon.

Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Marie-Claire Paulin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of New Brunswick and Commissioner of Official Languages of Canada *Interveners*

INDEXED AS: SOCIÉTÉ DES ACADIENS ET ACADIENNES DU NOUVEAU-BRUNSWICK INC. *v.* CANADA

Neutral citation: 2008 SCC 15.

File No.: 31583.

2007: October 17; 2008: April 11.*

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 — Language rights — Communications by public with New Brunswick institutions — Royal Canadian Mounted Police acting as provincial police force in New Brunswick under agreement between federal and provincial governments — Whether Royal Canadian Mounted Police required to fulfil language obligations imposed on New

* An application for a rehearing was dismissed on June 26, 2008. The judgment on this application amended para. 27 of both versions of the reasons. The amendment is included in these reasons.

Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Marie-Claire Paulin *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Nouveau-Brunswick et Commissaire aux langues officielles du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ DES ACADIENS ET ACADIENNES DU NOUVEAU-BRUNSWICK INC. *c.* CANADA

Référence neutre : 2008 CSC 15.

N° du greffe : 31583.

2007 : 17 octobre; 2008 : 11 avril*.

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 — Droits linguistiques — Communications entre les administrés et les institutions du Nouveau-Brunswick — Gendarmerie royale du Canada jouant le rôle de service de police provincial au Nouveau-Brunswick en vertu d'une entente conclue par le fédéral et la province — La Gendarmerie royale du Canada est-elle tenue de respecter

* Une requête en nouvelle audition a été rejetée le 26 juin 2008. Le jugement rejetant cette requête a modifié le par. 27 des deux versions des motifs. La modification a été incorporée dans les présents motifs.

Brunswick institutions by s. 20(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Police — Royal Canadian Mounted Police — Official languages — Royal Canadian Mounted Police acting as provincial police force in New Brunswick under agreement between federal and provincial governments — Whether Royal Canadian Mounted Police required to fulfil language obligations imposed on New Brunswick institutions by s. 20(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Under an agreement between Canada and New Brunswick, the RCMP, a federal institution, acts as a provincial police force in that province. The issue in this appeal is whether RCMP members are required, when performing their duties as provincial police officers, to fulfil the language obligations imposed on New Brunswick institutions by s. 20(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Federal Court held that serving as a provincial police force makes the RCMP a New Brunswick institution for the purposes of s. 20(2) and that the RCMP is therefore required to provide police services in accordance with the provincial language standards. The Federal Court of Appeal set aside that judgment.

Held: The appeal should be allowed.

Section 20(2) of the *Charter* requires the RCMP to provide services in both official languages when acting as a provincial police force in New Brunswick pursuant to the agreement. The RCMP retains its status as a federal institution when it acts under a contract with a province. However, since each RCMP member has, under s. 2(2) of the New Brunswick *Police Act*, all the attributes of a provincial peace officer and is authorized by that province to administer justice there, he or she performs the role of an "institution of the legislature or government" of New Brunswick and must comply with s. 20(2) of the *Charter*. There is no transfer of responsibility for the administration of justice in the province. Under the agreement, New Brunswick retains control over the RCMP's policing activities. The provincial Minister of Justice discharges his or her constitutional obligations through the RCMP members designated as New Brunswick peace officers by the provincial legislation. Consequently, the RCMP does not act as a separate federal institution in administering justice in New Brunswick; it assumes, by way of contract, obligations related to the police service function set out in the provincial legislation. Furthermore, the functions for which the RCMP is responsible are government functions that

les obligations linguistiques imposées aux institutions du Nouveau-Brunswick par l'art. 20(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Police — Gendarmerie royale du Canada — Langues officielles — Gendarmerie royale du Canada jouant le rôle de service de police provincial au Nouveau-Brunswick en vertu d'une entente conclue par le fédéral et la province — La Gendarmerie royale du Canada est-elle tenue de respecter les obligations linguistiques imposées aux institutions du Nouveau-Brunswick par l'art. 20(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

En vertu d'une entente conclue par le Canada et le Nouveau-Brunswick, la GRC, une institution fédérale, joue le rôle de service de police provincial dans cette province. Le présent pourvoi vise à déterminer si les membres de la GRC sont tenus de respecter les obligations linguistiques imposées aux institutions du Nouveau-Brunswick par le par. 20(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu'ils exercent leurs fonctions en tant qu'agents de police provinciaux. La Cour fédérale a conclu que la fonction de police provinciale qui est remplie par la GRC fait de celle-ci une institution du Nouveau-Brunswick pour l'application du par. 20(2) et que la GRC est donc tenue de fournir des services de police conformément aux normes linguistiques provinciales. La Cour d'appel fédérale a cassé ce jugement.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Le paragraphe 20(2) de la *Charte* oblige la GRC à fournir ses services dans les deux langues officielles lorsqu'elle exerce au Nouveau-Brunswick le rôle d'un service de police provincial aux termes de l'entente. La GRC conserve le statut d'institution fédérale lorsqu'elle agit en vertu d'un contrat avec une province. Toutefois, comme chaque membre de la GRC se voit conférer, en vertu du par. 2(2) de la *Loi sur la Police* du Nouveau-Brunswick, toutes les attributions d'un agent de la paix de la province et qu'il est habilité par cette province à y administrer la justice, il exerce alors le rôle d'une « institutio[n] de la législature ou du gouvernement » du Nouveau-Brunswick et il est tenu de respecter le par. 20(2) de la *Charte*. Il ne s'agit pas d'un transfert de responsabilité à l'égard de l'administration de la justice dans la province. En vertu de l'entente, le Nouveau-Brunswick garde la maîtrise des activités de police de la GRC. Le ministre de la Justice provincial remplit ses obligations constitutionnelles par l'entremise des membres de la GRC que la loi provinciale désigne comme agents de la paix du Nouveau-Brunswick. En conséquence, la GRC n'agit pas comme institution fédérale distincte pour administrer la justice au Nouveau-Brunswick; elle assume par contrat les obligations qui sont reliées à la fonction de service

are subject to specific constitutional obligations. The RCMP may not take on such functions without assuming the obligations associated with them. Thus, it is as a result of the agreement that the RCMP, by participating in a function of the New Brunswick government, has constitutional obligations imposed on it under s. 20(2) of the *Charter*. [13-14] [16] [18-20] [23] [26]

Cases Cited

Referred to: *Doucet v. Canada*, [2005] 1 F.C.R. 671, 2004 FC 1444; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *R. v. Doucet* (2003), 222 N.S.R. (2d) 1, 2003 NSSCF 256; *Canada (Commissioner of Official Languages) v. Canada (Department of Justice)* (2001), 194 F.T.R. 181, 2001 FCT 239; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 16(2), 16.1, 20, 24.
Motor Vehicle Act, R.S.N.B. 1973, c. M-17.
Police Act, S.N.B. 1977, c. P-9.2, s. 2.
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1985, c. R-10, ss. 3, 20.

Authors Cited

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Nadon and Pelletier JJ.), [2007] 2 F.C.R. 177, 270 D.L.R. (4th) 171, 350 N.R. 375, [2006] F.C.J. No. 805 (QL), 2006 CarswellNat 1544, 2006 FCA 196, reversing a decision of Gauthier J., [2006] 1 F.C.R. 490, 279 F.T.R. 113, [2005] F.C.J. No. 1587 (QL), 2005 CarswellNat 3333, 2005 FC 1172. Appeal allowed.

Michel Doucet and *Mark C. Power*, for the appellants.

Alain Préfontaine and *René LeBlanc*, for the respondent.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

de police précisée dans les lois provinciales. De plus, les fonctions prises en charge par la GRC sont des fonctions gouvernementales assujetties à des obligations constitutionnelles spécifiques. La GRC ne peut assumer ces fonctions sans assumer les obligations qui s'y rattachent. C'est donc par le biais de l'entente, en participant à une fonction gouvernementale du Nouveau-Brunswick, que la GRC se voit imposer des obligations constitutionnelles en vertu du par. 20(2) de la *Charte*. [13-14] [16] [18-20] [23] [26]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Doucet c. Canada*, [2005] 1 R.C.F. 671, 2004 CF 1444; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c. Doucet* (2003), 222 N.S.R. (2d) 1, 2003 NSSCF 256; *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Ministère de la Justice)* (2001), 194 F.T.R. 181, 2001 CFPI 239; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 16(2), 16.1, 20, 24.
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 3, 20.
Loi sur la Police, L.N.-B. 1977, ch. P-9.2, art. 2.
Loi sur les véhicules à moteur, L.R.N.-B. 1973, ch. M-17.

Doctrine citée

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Nadon et Pelletier), [2007] 2 R.C.F. 177, 270 D.L.R. (4th) 171, 350 N.R. 375, [2006] A.C.F. nº 805 (QL), 2006 CarswellNat 1439, 2006 CAF 196, qui a infirmé une décision de la juge Gauthier, [2006] 1 R.C.F. 490, 279 F.T.R. 113, [2005] A.C.F. nº 1587 (QL), 2005 CarswellNat 3009, 2005 CF 1172. Pourvoi accueilli.

Michel Doucet et *Mark C. Power*, pour les appelantes.

Alain Préfontaine et *René LeBlanc*, pour l'intimée.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Christine Ruest and *Johane Tremblay*, for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada.

English version of the judgment of the Court delivered by

[1] BASTARACHE J. — Section 20(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides that any member of the public in New Brunswick has the right to communicate with, and to receive available services from, any office of an institution of the legislature or government of New Brunswick in English or French, and, unlike in the case of services provided by federal institutions under s. 20(1) of the *Charter*, this right does not depend on the territorial concentration of the language group or the nature of the office in question. This is complete institutional bilingualism, as citizens have the right to use the language of their choice at all times when requesting a service from or communicating with the provincial government. Section 20 reads as follows:

20. (1) Any member of the public in Canada has the right to communicate with, and to receive available services from, any head or central office of an institution of the Parliament or government of Canada in English or French, and has the same right with respect to any other office of any such institution where

(*a*) there is a significant demand for communications with and services from that office in such language; or

(*b*) due to the nature of the office, it is reasonable that communications with and services from that office be available in both English and French.

(2) Any member of the public in New Brunswick has the right to communicate with, and to receive available services from, any office of an institution of the legislature or government of New Brunswick in English or French.

[2] The question before the Court in this case is whether, by agreeing in a contract to provide police services in the province, the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP"), a federal institution, is bound by the more generous rules respecting

Christine Ruest et *Johane Tremblay*, pour l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] LE JUGE BASTARACHE — Le paragraphe 20(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit que le public, au Nouveau-Brunswick, a droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement du Nouveau-Brunswick, ou pour en recevoir les services, et ce, peu importe sa concentration territoriale au plan linguistique, ou la vocation du bureau auquel il s'adresse, comme c'est par ailleurs le cas pour les services dispensés par les institutions fédérales aux termes du par. 20(1) de la *Charte*. Il s'agit là d'un bilinguisme institutionnel complet, emportant le droit pour un citoyen d'utiliser la langue de son choix en tout temps lorsqu'il ou elle demande un service ou communique avec l'État provincial. L'article 20 se lit comme suit :

20. (1) Le public a, au Canada, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services; il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas :

a) l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;

b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

(2) Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services.

[2] En l'espèce, la Cour est appelée à déterminer si, en acceptant par contrat d'offrir des services de police dans la province, la Gendarmerie royale du Canada (« GRC »), une institution fédérale, est liée par le régime linguistique plus généreux du

language in New Brunswick or is required to meet only the federal official languages standards.

1. Facts and Judicial History

[3] When Marie-Claire Paulin, a New Brunswick resident, was stopped for speeding by an RCMP officer while driving on the Trans-Canada Highway near Woodstock, New Brunswick, the officer did not communicate orally with her in French. Ms. Paulin paid the fine but later brought a declaratory action against the federal Crown to have her right to receive police services in the official language of her choice affirmed under s. 20(2) of the *Charter*.

[4] As for the Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick ("SAANB"), a non-profit corporation without share capital, it filed an application in the Federal Court under s. 24 of the *Charter* after taking cognizance of a report recommending to the RCMP's Atlantic Regional Executive Committee that the RCMP's obligations in the area of oral communications in French be reduced in that region. In its application, the SAANB sought clarification of the obligations the RCMP must meet when its members provide provincial police services under the agreement entered into with the New Brunswick government on April 1, 1992. The Committee had commissioned the report after the RCMP's four Atlantic divisions were combined in the mid-1990s. The SAANB submitted that any review of RCMP positions in New Brunswick for the purpose of determining their language requirements had to have regard to ss. 16.1, 16(2) and 20(2) of the *Charter*, which is an obligation that would stand in the way of implementing the report.

[5] The actions of Ms. Paulin and the SAANB (the "appellants") were joined in the Federal Court. The appellants argued that when the RCMP serves as a provincial police force in New Brunswick, it is subject to the language obligations imposed on that province by s. 20(2) of the *Charter*. The RCMP submitted that this provision of the *Charter* is not applicable, because the RCMP is a federal

Nouveau-Brunswick ou si elle n'est tenue de respecter que les normes fédérales en matière de langues officielles.

1. Faits et historique judiciaire

[3] Lorsque Marie-Claire Paulin, une résidente du Nouveau-Brunswick, a été interpellée par un agent de la GRC pour excès de vitesse alors qu'elle circulait sur l'autoroute transcanadienne dans la région de Woodstock, au Nouveau-Brunswick, l'agent de la GRC n'a pas communiqué oralement en français avec elle. Madame Paulin a payé l'amende, mais elle a par la suite intenté une action déclaratoire contre la Couronne fédérale en vue de faire affirmer son droit de recevoir, en vertu du par. 20(2) de la *Charte*, des services de police dans la langue officielle de son choix.

[4] Pour sa part, après avoir pris connaissance d'un rapport recommandant au Comité directeur de la région Atlantique de la GRC de réduire les obligations de la GRC en matière de communications orales en français dans la région de l'Atlantique, la Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick (« SAANB ») — une corporation sans capital social, à but non lucratif — a demandé à la Cour fédérale, en vertu de l'art. 24 de la *Charte*, de préciser les obligations de la GRC lorsque ses membres fournissent les services de police provinciale prévus à l'entente conclue avec le gouvernement du Nouveau-Brunswick le 1er avril 1992. Ce rapport avait été commandé par le Comité à la suite du regroupement des quatre divisions de la GRC pour la région au milieu des années 1990. La SAANB estime que toute révision des fonctions des postes de la GRC au Nouveau-Brunswick afin d'en déterminer les exigences linguistiques doit respecter l'art. 16.1 et les par. 16(2) et 20(2) de la *Charte*, obligation qui ferait obstacle à la mise en œuvre du rapport.

[5] Les actions de Mme Paulin et de la SAANB (les « appelantes ») ont été réunies en Cour fédérale. Les appelantes plaident que, lorsqu'elle remplit la fonction de police provinciale au Nouveau-Brunswick, la GRC est soumise aux obligations linguistiques qui sont imposées à cette province par le par. 20(2) de la *Charte*. La GRC soutient, quant à elle, que cette disposition de la *Charte* ne s'applique

institution and s. 20(2) can apply only to New Brunswick institutions.

[6] The Federal Court held that serving as a provincial police force makes the RCMP an institution of the New Brunswick government for the purposes of s. 20(2) and that the RCMP is therefore required to provide police services in accordance with the provincial language standards: [2006] 1 F.C.R. 490, 2005 FC 1172. The Federal Court of Appeal set aside the trial judgment, rejecting the argument that the RCMP must be equated with an institution of the New Brunswick government. According to Richard C.J., writing for the court, the RCMP cannot assume the province's constitutional language obligations: [2007] 2 F.C.R. 177, 2006 FCA 196. He held that only the province is responsible for discharging language obligations under s. 20(2) and that the proceedings should have been brought only against the province, and in the New Brunswick Court of Queen's Bench.

2. Issue

[7] This Court must therefore decide whether RCMP members designated as provincial peace officers under an agreement between Canada and the province of New Brunswick ("Agreement") are required, when performing their duties as provincial police officers, to fulfil the language obligations imposed on institutions of the New Brunswick government by s. 20(2) of the *Charter*. It is common ground that the RCMP is at all times subject to the minimum obligations imposed on it by s. 20(1) of the *Charter* and by the federal official languages legislation, regardless of whether it is acting as the federal police force or as a provincial or municipal force under an agreement.

3. Analysis

[8] The appellants assert that s. 20(1) of the *Charter* applies to the RCMP when it serves as a provincial police force, as was indicated in *Doucet v. Canada*, [2005] 1 F.C.R. 671, 2004 FC 1444, but they add that it should not be concluded that s. 20(1) establishes a language threshold that cannot

pas en l'espèce, parce que la GRC est une institution fédérale et que le par. 20(2) ne saurait s'appliquer qu'aux institutions du Nouveau-Brunswick.

[6] La Cour fédérale a jugé que la fonction de police provinciale qui est remplie par la GRC fait de celle-ci une institution du gouvernement du Nouveau-Brunswick pour l'application du par. 20(2) et que la GRC est donc tenue de fournir des services de police conformément aux normes linguistiques provinciales : [2006] 1 R.C.F. 490, 2005 CF 1172. La Cour d'appel fédérale a cassé le jugement de première instance, rejetant la prétention selon laquelle la GRC doit être assimilée à une institution du gouvernement du Nouveau-Brunswick. Selon le juge en chef Richard, qui a écrit au nom de la cour, la GRC ne saurait assumer les obligations linguistiques qui incombent à la province aux termes de la Constitution : [2007] 2 R.C.F. 177, 2006 CAF 196. Selon lui, seule la province est débitrice des obligations linguistiques découlant du par. 20(2) et elle seule devrait être poursuivie, et cela, devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick.

2. Question en litige

[7] La Cour est donc appelée à décider si les membres de la GRC, désignés comme agents de la paix provinciaux en vertu d'une entente conclue par le Canada et la province du Nouveau-Brunswick, sont tenus de respecter les obligations linguistiques imposées par la *Charte* aux institutions du gouvernement du Nouveau-Brunswick en vertu du par. 20(2) lorsqu'ils exercent leurs fonctions en tant qu'agents de police provinciaux. Personne ne conteste que la GRC est en tout temps assujettie aux obligations minimales que lui impose le par. 20(1) de la *Charte* et la loi fédérale sur les langues officielles, qu'elle agisse comme service de police fédéral ou de police provincial ou municipal en vertu d'une entente.

3. Analyse

[8] Les appelantes affirment que le par. 20(1) de la *Charte* s'applique à la GRC lorsqu'elle remplit le rôle de police provinciale, comme en témoigne l'affaire *Doucet c. Canada*, [2005] 1 R.C.F. 671, 2004 CF 1444, mais elles ajoutent qu'il ne faut cependant pas conclure que ceci établit un seuil linguistique

be raised when the province in question has greater obligations. If the RCMP takes responsibility for a function of the New Brunswick government, it must be equated with and must assume the same obligations as a provincial institution.

[9] The appellants also point out that the powers exercised by the RCMP as a provincial police force derive from provincial statutes and that, pursuant to those statutes, RCMP members are peace officers for New Brunswick (*Police Act*, S.N.B. 1977, c. P-9.2; *Motor Vehicle Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-17). As a result, they argue, the RCMP members are part of the provincial government. And all officers of the provincial government are required to comply with provincial statutes and with s. 20(2) of the *Charter*.

[10] The respondent relies on the principle of constitutional accountability of governments and argues that New Brunswick remains constitutionally responsible for the administration of justice and for the actions of its delegates in this regard, be they from the private sector or members of another government. Relying on *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, the respondent submits that New Brunswick cannot evade its constitutional obligations by alleging that its delegate, the RCMP, has assumed them in its stead. The RCMP cannot be both a federal institution and a provincial institution. Its constitutional obligations are therefore limited to those applicable to the federal government, and any additional obligations can only be contractual, which means that an action might lie only for breach of contract. But the Agreement with New Brunswick includes no specific language obligations.

[11] The interveners have proposed a different solution. In their opinion, s. 20(1) of the *Charter* does apply, but a contextual interpretation of that section allows its scope to be extended in this case because of New Brunswick's constitutional specificity. According to this approach, the words "significant demand" and "nature of the office" in

qui ne saurait être élargi lorsque la province en cause a des obligations supérieures. Si la GRC prend en charge une fonction du gouvernement du Nouveau-Brunswick, elle doit alors être assimilée à une institution provinciale et assumer les mêmes obligations que celle-ci.

[9] Les appelantes font aussi valoir que les pouvoirs exercés par la GRC en tant que service de police provincial découlent des lois provinciales et que ces lois font des membres de la GRC des agents de la paix du Nouveau-Brunswick (*Loi sur la Police*, L.N.-B. 1977, ch. P-9.2; *Loi sur les véhicules à moteur*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-17). De ce fait, les membres de la GRC font partie de l'administration provinciale. Or, tous les agents de l'administration provinciale sont tenus de respecter les lois provinciales et les dispositions du par. 20(2) de la *Charte*.

[10] L'intimée s'appuie sur le principe de la responsabilité des gouvernements sur le plan constitutionnel et fait valoir que le Nouveau-Brunswick demeure constitutionnellement responsable de l'administration de la justice et des gestes de ses délégués en cette matière, qu'ils appartiennent au secteur privé ou soient membres d'un autre gouvernement. Invoquant l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, l'intimée plaide que le Nouveau-Brunswick ne peut se soustraire à ses obligations constitutionnelles en alléguant que sa déléguée, la GRC, les a assumées à sa place. La GRC ne saurait être à la fois une institution fédérale et une institution provinciale. Ses obligations constitutionnelles ne peuvent donc être que celles qui s'appliquent au gouvernement fédéral et toute obligation additionnelle ne saurait être que contractuelle et donner ouverture uniquement à une action pour rupture de contrat. Or, l'entente avec le Nouveau-Brunswick ne comprend aucune obligation linguistique spécifique.

[11] Les intervenants ont proposé une solution différente au litige. À leur avis, c'est bien le par. 20(1) de la *Charte* qui s'applique, mais une interprétation contextuelle de celui-ci permettrait d'étendre sa portée dans le cas présent, vu la spécificité constitutionnelle du Nouveau-Brunswick. Suivant cette approche, la GRC serait tenue d'offrir des services

s. 20(1) of the *Charter* should be interpreted broadly as requiring the RCMP to provide bilingual services everywhere in New Brunswick.

3.1 *Statutory Authority*

[12] Before considering all these arguments in greater detail, I will briefly describe the existing legislative scheme.

[13] The Agreement between New Brunswick and Canada is authorized by a provincial statute (s. 2 of the *Police Act*) and a federal statute (s. 20 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10 ("*RCMPA*")). The *RCMPA* authorizes the RCMP to enter into contracts to perform provincial policing duties. The counterpart of that federal statute in New Brunswick is the *Police Act*, s. 2(1) of which provides that the New Brunswick government may enter into such agreements with the RCMP. Section 2(2) of the *Police Act* gives an RCMP member all the attributes of a New Brunswick peace officer.

[14] The RCMP, which is constituted under s. 3 of the *RCMPA*, is responsible for enforcing federal laws throughout Canada. There is no doubt that the RCMP remains a federal institution at all times. This principle was confirmed in *R. v. Doucet* (2003), 222 N.S.R. (2d) 1, 2003 NSSCF 256, and in *Doucet v. Canada*, in which it was held that the RCMP retains its status as a federal institution when it acts under a contract with a province. This means that the RCMP cannot avoid the language responsibilities flowing from s. 20(1) of the *Charter* when it acts as a provincial police force. The Federal Court and the Federal Court of Appeal recognized this in the instant case. But s. 20 of the RCMP's enabling statute provides that it may *also* be given responsibility for the administration of justice and law enforcement in provincial or municipal jurisdictions. As a result, the fact that, in light of its nature and by virtue of its constitution, the RCMP is and remains a federal institution does not answer the question before this Court.

bilingues partout au Nouveau-Brunswick en raison de l'interprétation extensive qu'il conviendrait de donner aux termes « demande importante » et « vocation du bureau » figurant au par. 20(1) de la *Charte*.

3.1 *Autorité légale*

[12] Avant d'examiner de plus près ces diverses prétentions, il y a lieu de décrire sommairement le régime législatif en place.

[13] L'entente conclue par le Nouveau-Brunswick et le Canada est autorisée par une loi provinciale (l'art. 2 de la *Loi sur la Police*) et une loi fédérale (l'art. 20 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. R-10 (« *LGRC* »)). La *LGRC* permet à la GRC d'assumer les obligations d'un service de police provincial par l'entremise d'un contrat. Le pendant de cette loi fédérale au Nouveau-Brunswick est la *Loi sur la Police*, qui précise, au par. 2(1), que le gouvernement du Nouveau-Brunswick peut conclure de telles ententes avec la GRC. Le paragraphe 2(2) de cette loi a pour effet de conférer aux membres de la GRC toutes les attributions d'un agent de la paix du Nouveau-Brunswick.

[14] La GRC, qui est constituée aux termes de l'art. 3 de la *LGRC*, a pour mandat de voir à l'application des lois fédérales partout au Canada. Il ne fait aucun doute que la GRC demeure en tout temps une institution fédérale. Ce principe a été confirmé dans *R. c. Doucet* (2003), 222 N.S.R. (2d) 1, 2003 NSSCF 256, de même que dans *Doucet c. Canada*, où l'on a conclu que la GRC conserve le statut d'institution fédérale lorsqu'elle agit en vertu d'un contrat avec une province. La GRC ne peut donc pas se soustraire aux responsabilités linguistiques découlant du par. 20(1) de la *Charte* lorsqu'elle joue le rôle de service de police provincial. C'est d'ailleurs ce que la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont reconnu dans la présente affaire. Cependant, en vertu de l'art. 20 de sa loi constitutive, la GRC peut *également* se voir confier la responsabilité d'administrer la justice et d'assurer le respect des lois dans des ressorts provinciaux ou municipaux. Donc, le fait que la GRC soit et demeure de par sa nature et sa constitution une institution fédérale ne répond pas à la question posée à notre Cour.

3.2 *Institutional Obligation*

[15] Section 20(1) of the *RCMPA* authorizes the RCMP to enter into agreements with the provinces and enforce the laws in force therein. This is not in dispute. Provincial laws must, of course, be enforced in a manner consistent with the Constitution; there is no reason to think that the legislature might have intended anything else in this case. Does this pose a problem because the RCMP is a federal institution? I do not think so.

[16] Section 2(2) of the *Police Act* provides that "[e]very member of the Royal Canadian Mounted Police . . . has all the powers, authority, privileges, rights and immunities of a peace officer and constable in and for the Province of New Brunswick". Since each RCMP member is authorized by the New Brunswick legislature to administer justice in the province, he or she performs the role of an "institution of the legislature or government" of New Brunswick and must comply with s. 20(2) of the *Charter*. Although New Brunswick continues to be responsible for administering justice in accordance with its constitutional language obligations despite the Agreement, this in no way changes the fact that the RCMP may have its own language obligations to meet in fulfilling its mandate in New Brunswick.

[17] In *Canada (Commissioner of Official Languages) v. Canada (Department of Justice)* (2001), 194 F.T.R. 181, 2001 FCT 239, the Federal Court—Trial Division held that a government may not adopt policies that would, as a result of agreements entered into, hinder the protection of guaranteed rights. In that case, the federal government had, by contract, effectively transferred the administration of certain criminal prosecutions to the province of Ontario. Under the agreement, the provincial language rights scheme, which provided less protection to francophones, became applicable to a federal matter. The court held that the federal government could not jettison its constitutional

3.2 *L'obligation institutionnelle*

[15] Le paragraphe 20(1) de la *LGRC* permet à la GRC de conclure des ententes avec les provinces et d'y faire respecter les lois qui y sont en vigueur. Ceci n'est pas contesté. Assurer l'application des lois provinciales suppose bien entendu que cela se fasse dans le respect de la Constitution; rien ne permet de penser que l'intention du législateur ait pu être différente dans le présent cas. Est-ce que cela soulève un problème du fait que la GRC est une institution fédérale? Je ne le pense pas.

[16] Aux termes du par. 2(2) de la *Loi sur la Police*, « [s]ur tout le territoire du Nouveau-Brunswick et lorsqu'il exerce ses fonctions pour le compte de la province, chaque membre de la Gendarmerie royale du Canada [. . .] est investi de tous les pouvoirs, autorité, privilèges, droits et immunités d'un agent de la paix et d'un constable ». Comme chaque membre de la GRC est habilité par le législateur du Nouveau-Brunswick à administrer la justice dans la province, il exerce le rôle d'une « institutio[n] de la législature ou du gouvernement » du Nouveau-Brunswick, et il est tenu de respecter le par. 20(2) de la *Charte*. Bien que le Nouveau-Brunswick demeure toujours responsable de l'administration de la justice en conformité avec ses obligations linguistiques constitutionnelles, nonobstant l'entente, ne change absolument rien au fait que la GRC puisse être assujettie à des obligations linguistiques qui lui sont propres dans l'exécution de son mandat au Nouveau-Brunswick.

[17] Dans *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Ministère de la Justice)* (2001), 194 F.T.R. 181, 2001 CFPI 239, la Cour fédérale, section de première instance a jugé qu'un gouvernement ne peut pas adopter de politiques qui feraient obstacle, par suite de la conclusion d'ententes, au respect de droits reconnus. Dans cette affaire, le gouvernement fédéral avait effectivement transféré par contrat à la province d'Ontario l'administration de certaines poursuites pénales. En vertu de cette entente, c'est le régime linguistique provincial — lequel offrait une moins grande protection aux francophones — qui devenait applicable à un sujet de compétence fédérale. La cour a

obligations in this way. However, it did not rule on the obligations of Ontario officers performing duties under the agreement with the federal government.

[18] In the instant case, there is no transfer of responsibility for the administration of justice in the province. Under the Agreement between the RCMP and New Brunswick, the New Brunswick Minister of Justice is responsible for setting "the objectives, priorities and goals of the Provincial Police Service" (art. 3.3). The Minister determines the level of service to be provided. The respondent acknowledges, at para. 62 of her factum, that — as the Federal Court observed (para. 39) — New Brunswick retains control over the RCMP's policing activities. The RCMP remains responsible for internal management only (art. 3.1(a)). What must be concluded from this situation is that the institution in question is an institution of the New Brunswick government, that is, its Minister of Justice, and that the Minister discharges his or her constitutional obligations through the RCMP members designated as New Brunswick peace officers by the provincial legislation. The provision of services by the RCMP must therefore be consistent with the obligations arising under s. 20(2) of the *Charter*.

[19] The RCMP does not act as a separate federal institution in administering justice in New Brunswick; it assumes, by way of contract, obligations related to the policing function. The content of this function is set out in provincial legislation. Thus, in New Brunswick, the RCMP exercises a statutory power — which flows not only from federal legislation but also from New Brunswick legislation — through its members, who work under the authority of the New Brunswick government.

[20] Regard must also be had to the fact that the functions for which the RCMP is responsible in the instant case are government functions that are subject to specific constitutional obligations. The

conclu que le gouvernement fédéral ne pouvait pas se décharger de ses obligations constitutionnelles de cette manière. Elle ne s'est pas toutefois prononcée sur les obligations des agents ontariens dans l'exécution des fonctions découlant de l'entente avec le gouvernement fédéral.

[18] Dans le cas présent, il n'y a pas de transfert de responsabilité à l'égard de l'administration de la justice dans la province. L'entente qui lie la GRC et le Nouveau-Brunswick confie au ministre de la Justice du Nouveau-Brunswick le soin d'établir « les objectifs, les priorités et les buts du Service de police provincial » (art. 3.3). C'est le ministre qui détermine le niveau de services fournis. L'intimée reconnaît, au par. 62 de son mémoire, que le Nouveau-Brunswick garde la maîtrise des activités de police de la GRC, comme l'a constaté la Cour fédérale (par. 39). La GRC conserve la responsabilité sur la gestion interne seulement (par. 3.1a)). Ce qu'il faut conclure de cet état de fait, c'est que l'institution en cause est une institution du gouvernement du Nouveau-Brunswick, son ministre de la Justice notamment, et que celui-ci remplit ses obligations constitutionnelles par l'entremise des membres de la GRC que les lois provinciales désignent comme agents de la paix du Nouveau-Brunswick. La fourniture de services par la GRC doit donc être conforme aux obligations découlant du par. 20(2) de la *Charte*.

[19] La GRC n'agit pas comme institution fédérale distincte pour l'administration de la justice au Nouveau-Brunswick; elle assume par contrat les obligations qui sont reliées à la fonction de service de police. Cette fonction est précisée dans les lois provinciales. La GRC exerce donc au Nouveau-Brunswick un pouvoir d'origine législative — qui découle non seulement de la législation fédérale, mais aussi des lois du Nouveau-Brunswick — par le truchement de ses membres qui travaillent sous l'autorité du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

[20] Il faut aussi tenir compte du fait que les fonctions prises en charge par la GRC en l'instance sont des fonctions gouvernementales assujetties à des obligations constitutionnelles spécifiques. La

RCMP may not take on such functions without assuming the obligations associated with them. This principle was articulated by Lamer J. (dissenting on other grounds) in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at pp. 1077-78:

> The fact that the *Charter* applies to the order made by the adjudicator in the case at bar is not, in my opinion, open to question. The adjudicator is a statutory creature: he is appointed pursuant to a legislative provision and derives all his powers from the statute. As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. . . . Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. Accordingly, an adjudicator exercising delegated powers does not have the power to make an order that would result in an infringement of the *Charter*, and he exceeds his jurisdiction if he does so. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

[21] Professor Hogg added the following in *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), vol. 2, at pp. 86-87:

> Where the Parliament or a Legislature has delegated a power of compulsion to a body or person, then the Charter will apply to the delegate.
>
> . . .
>
> . . . it is the exercise of a power of compulsion that makes the Charter applicable to bodies exercising statutory authority. [Emphasis added.]

[22] These comments correspond to the view of Gauthier J., the trial judge in the case at bar, who stated the following on this point at paras. 39-40 of her reasons:

> As Peter Hogg said in *Constitutional Law of Canada*, 4th edition, at page 514, the performance of provincial and municipal police services under a contract between the RCMP and a province is authorized by a statute of the province . . . and by a federal statute . . . and derives in part from the province's power to administer justice under subsection 92(14) of the *Constitution Act, 1867* . . . .

GRC ne peut assumer ces fonctions sans assumer les obligations qui s'y rattachent. Ce principe a été exprimé par le juge Lamer (dissident sur d'autres points) dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077-1078 :

> Le fait que la *Charte* s'applique à l'ordonnance rendue par l'arbitre en l'espèce ne fait, à mon avis, aucun doute. L'arbitre est en effet une créature de la loi; il est nommé en vertu d'une disposition législative et tire tous ses pouvoirs de la loi. La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. [. . .] Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte* et il excède sa juridiction s'il le fait. [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

[21] Aux pages 86 et 87 de son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (5e éd. 2007), vol. 2, le professeur Hogg ajoute pour sa part :

> [TRADUCTION] Lorsque le Parlement ou une législature a délégué un pouvoir de contrainte à un organisme ou à une personne, la Charte s'applique au délégué.
>
> . . .
>
> . . . c'est parce qu'ils mettent en œuvre un pouvoir de contrainte que la Charte s'applique aux organismes exerçant un pouvoir d'origine législative. [Je souligne.]

[22] Ces remarques correspondent à l'avis de la juge Gauthier, qui s'exprime sur ce point aux par. 39-40 de ses motifs en première instance dans la présente affaire :

> Comme l'indique Peter Hogg dans *Constitutional Law of Canada*, 4e édition, à la page 514, la prestation des services de police provinciaux et municipaux en vertu d'un contrat entre la GRC et une province, est autorisé par un statut de la province [. . .] de même que par un statut fédéral [. . .] et découle en partie du pouvoir de la province d'administrer la justice en vertu du paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle* de 1867 . . .

When the RCMP member arrested Mrs. Paulin and gave her a ticket under the *Motor Vehicle Act* . . . he was performing a government function, more particularly a function of the Government of New Brunswick.

[23] Richard C.J. of the Federal Court of Appeal stressed the fact that the RCMP's obligations are contractual and not constitutional. I do not think these two types of obligations are mutually exclusive. It is as a result of the Agreement that the RCMP, by participating in a function of the New Brunswick government, has constitutional obligations imposed on it under s. 20(2) of the *Charter*. As I explained above, the RCMP must fulfil that province's obligations when acting on its behalf. This reasoning is echoed in the Agreement itself, art. 2.2 of which provides as follows:

Those Members who form part of the Provincial Police Service shall

a) perform the duties of peace officers; and

b) render such services as are necessary to

. . .

ii) execute all warrants and perform all duties and services in relation thereto that may, under the laws of Canada or the Province, be executed and performed by peace officers. [Emphasis added.]

Article 4.1 is also quite explicit:

For the purposes of this Agreement, the Commanding Officer shall act under the direction of the Minister in aiding the administration of justice in the Province and in carrying into effect the laws in force therein. [Emphasis added.]

[24] The parties have used the word "services" in the second paragraph of art. 2.2, in contrast with the word "duties" used in the preceding paragraph. It can be inferred from this that the concept of "services" as understood by the parties is similar to that found in s. 20(2) of the *Charter* and that the parties intended that the RCMP, in performing its

En arrêtant M[me] Paulin et en lui remettant une contravention en vertu de la *Loi sur les véhicules à moteur* [. . .], l'officier de la GRC accomplissait une fonction gouvernementale, plus particulièrement une fonction du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

[23] Le juge en chef Richard de la Cour d'appel fédérale insiste sur le fait que les obligations de la GRC sont de nature contractuelle et non pas constitutionnelle. J'estime que ces deux types d'obligations ne s'excluent pas mutuellement. C'est par le biais de l'entente, en participant à une fonction gouvernementale du Nouveau-Brunswick, que la GRC se voit imposer des obligations constitutionnelles en vertu du par. 20(2) de la *Charte*. Comme il a été expliqué précédemment, la GRC doit respecter les obligations qui incombent à cette province lorsqu'elle agit pour le compte de cette dernière. Ce raisonnement trouve écho dans l'entente elle-même, qui stipule à l'art. 2.2 que

Les membres qui font partie du Service de police provincial doivent :

a) remplir les fonctions d'agents de la paix;

b) rendre les services nécessaires

. . .

ii) à l'exécution de tous les mandats - ainsi que des obligations et services s'y rattachant - qui peuvent, aux termes des lois fédérales ou des lois de la province, légalement être exécutés par des agents de la paix. [Je souligne.]

L'article 4.1 est lui aussi très explicite :

Pour les besoins de l'entente, le commandant divisionnaire agira sous la direction du ministre pour l'administration de la justice dans la province et la mise en œuvre des lois qui y sont en vigueur. [Je souligne.]

[24] Les parties utilisent au deuxième alinéa de l'art. 2.2 le terme « services », par opposition au terme « fonctions » employé à l'alinéa précédent. Il est possible d'en déduire que la notion de « services » telle qu'elle est comprise par les parties s'apparente à celle visée au par. 20(2) de la *Charte* et que les parties entendaient que,

mandate, also assume the language "duties" in relation thereto and, therefore, provide citizens with bilingual services. This seems all the more true given that "necessary" services are, by definition, services that are consistent with the law, including the Constitution. I see no need to expressly provide for the duty of bilingualism in the Agreement, since bilingualism is at any rate a constitutional requirement.

[25] In light of the foregoing analysis, it will not be necessary to consider the interveners' argument that s. 20(1) of the *Charter* should be interpreted broadly.

4. Conclusion and Costs

[26] For the reasons set out above, I would allow the appeal and declare that s. 20(2) of the *Charter* requires the RCMP to provide services in both official languages when acting as a provincial police force pursuant to the Agreement between the New Brunswick government and the Government of Canada dated April 1, 1992.

[27] The appellants ask for $135,000 in costs. Since the respondent appears to have acknowledged the importance of the principles in issue in this case, as she has not asked for costs, the appellants are awarded the requested amount.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc.: Université de Moncton, Moncton.

Solicitors for the appellant Marie-Claire Paulin: Heenan Blaikie, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

dans l'exécution de son mandat, la GRC assume également les « obligations » linguistiques s'y rattachant et rende par conséquent des services bilingues aux citoyens. Cela semble d'autant plus vrai que les services « nécessaires » sont par définition des services conformes à la loi, y compris la Constitution. Je ne vois aucune nécessité de prévoir explicitement dans l'entente l'obligation au bilinguisme, qui est de toute façon constitutionnellement requise.

[25] Compte tenu de l'analyse qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner la prétention des intervenants concernant l'interprétation extensive du par. 20(1) de la *Charte*.

4. Conclusion et dépens

[26] Pour les motifs exposés ci-dessus, j'accueillerais le pourvoi et je déclarerais que le par. 20(2) de la *Charte* oblige la GRC à fournir ses services dans les deux langues officielles lorsqu'elle joue le rôle d'un service de police provincial dans le cadre de l'entente conclue par le gouvernement du Nouveau-Brunswick et le gouvernement du Canada le 1er avril 1992.

[27] Les appelantes demandent des dépens de 135 000 $. Comme l'intimée semble reconnaître l'importance de l'affaire sur le plan des principes puisqu'elle ne sollicite pas les dépens, les dépens demandés par les appelantes leur sont accordés.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante la Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. : Université de Moncton, Moncton.

Procureurs de l'appelante Marie-Claire Paulin : Heenan Blaikie, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada: Commissioner of Official Languages of Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles du Canada, Ottawa.

Robert Albert Gibson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

- and -

Martin Foster MacDonald *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

Robert Albert Gibson *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

- et -

Martin Foster MacDonald *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

INDEXED AS: R. *v.* GIBSON

Neutral citation: 2008 SCC 16.

File Nos.: 31546, 31613.

2007: October 15; 2008: April 17.

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

RÉPERTORIÉ : R. *c.* GIBSON

Référence neutre : 2008 CSC 16.

N^os^ du greffe : 31546, 31613.

2007 : 15 octobre; 2008 : 17 avril.

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 NOVA SCOTIA

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

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

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

Criminal law — Evidence — Operation of vehicle with blood alcohol level exceeding legal limit — Criminal Code providing that, absent evidence to contrary, breathalyzer reading above 80 mg of alcohol per 100 ml of blood is proof that blood alcohol concentration exceeded legal limit at time of driving — Expert opinion evidence placing accused's blood alcohol concentration in range that straddled legal limit at time of driving — Whether expert evidence of alcohol elimination rates in general population and "straddle

Droit criminel — Preuve — Conduite d'un véhicule avec une alcoolémie dépassant la limite légale — Code criminel prévoyant que l'indication par l'alcootest d'une alcoolémie supérieure à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, d'une alcoolémie au volant supérieure à la limite légale — Preuve d'expert situant l'alcoolémie de l'accusé lorsqu'il était au volant dans une fourchette chevauchant la limite légale — Une preuve d'expert relative aux taux d'élimination de l'alcool observés dans la population générale

evidence" can rebut presumption — Whether expert evidence of post-offence testing of alcohol elimination rate of accused can rebut presumption — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(d.1).

The accused, G and M, were charged with driving "over 80" after failing a breathalyzer test. The first breath sample taken from G provided a reading of 120 mg and the second a reading of 100 mg. The two breath samples taken from M each produced a reading of 146 mg. At their respective trials, G and M testified as to their pattern of drinking at the material time and adduced expert evidence to rebut the presumption in s. 258(1)(*d.*1) of the *Criminal Code* that the breathalyzer readings provided proof that their blood alcohol concentrations exceeded the legal limit at the time of driving. The expert opinion evidence concerning the accused's blood alcohol concentration at the time of driving was expressed in terms of a range of possible blood alcohol concentrations, given the amount of alcohol consumed, the pattern of drinking, and the accused's age, height, weight and gender. In each case, the range of hypothetical blood alcohol concentrations "straddled" the legal limit of 80 mg. G's expert testified that, if the pattern of consumption described by G was accurate, his blood alcohol concentration would have been between 40 and 105 mg at the time of driving. M's expert provided a range of between 64 and 109 mg. In addition, the expert called on behalf of M tested his elimination rate more than six months after the alleged offence. On the basis of this test, the expert determined that M's elimination rate was 18.5 mg per hour and that M's blood alcohol concentration would have been 71 mg when he was stopped by the police.

The trial judge accepted both the evidence of G's consumption and the expert evidence. He was left with a reasonable doubt that G's blood alcohol content had exceeded the legal limit, and acquitted him. The Supreme Court upheld the acquittal. The Court of Appeal held that evidence of a hypothetical person's elimination rates was not capable of rebutting the presumption in s. 258(1)(*d.*1), set aside the acquittal and ordered a new trial.

The trial judge convicted M on the basis that the expert evidence did not tend to show that his blood alcohol content had not exceeded 80 mg. Both the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal upheld the conviction.

et la « preuve de chevauchement » permettent-elles de réfuter la présomption? — Une preuve d'expert fondée sur le taux d'élimination de l'accusé, établi au moyen de tests effectués après l'infraction, permet-elle de réfuter la présomption? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)d.1).

Les accusés, G et M, ont été inculpés de conduite avec une alcoolémie de « plus de 80 mg » après un alcootest positif. Le premier échantillon d'haleine fourni par G indiquait une alcoolémie de 120 mg et le second, une alcoolémie de 100 mg. Dans le cas de M, chacun des deux échantillons indiquait une alcoolémie de 146 mg. Lors de leurs procès respectifs, G et M ont témoigné au sujet de leur mode de consommation au moment des faits reprochés et ont présenté une preuve d'expert afin de réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1) du *Code criminel* selon laquelle les résultats des alcootests prouvaient que leur alcoolémie au moment où ils étaient au volant était supérieure à la limite légale. La preuve d'expert relative à l'alcoolémie au volant était présentée sous la forme d'une fourchette d'alcoolémies possibles en fonction de la quantité d'alcool consommée, du mode de consommation ainsi que de l'âge, de la taille, du poids et du sexe de l'accusé. Dans chacun des cas, la fourchette d'alcoolémies hypothétiques « chevauchait » la limite légale de 80 mg. Selon l'expert de G, si le mode de consommation décrit par ce dernier était exact, son alcoolémie se serait située entre 40 et 105 mg au moment où il était au volant. L'expert de M a, quant à lui, fait état d'une fourchette s'établissant entre 64 et 109 mg. Par ailleurs, l'expert cité pour le compte de M a effectué, plus de six mois après l'infraction reprochée, un test visant à déterminer son taux d'élimination de l'alcool. À partir des résultats de ce test, il a conclu que le taux d'élimination de M était de 18,5 mg par heure et que l'alcoolémie de M se serait établie à 71 mg lors de son interpellation par la police.

Le juge de première instance a accepté à la fois la preuve relative à la consommation de G et la preuve d'expert. Conservant un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'alcoolémie de G dépassait la limite légale, il a prononcé l'acquittement. La Cour suprême a confirmé l'acquittement. La Cour d'appel a statué que la preuve des taux d'élimination d'une personne hypothétique ne pouvait contrer la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1), a annulé l'acquittement et a ordonné un nouveau procès.

Le juge de première instance a déclaré M coupable parce que la preuve d'expert ne tendait pas à démontrer que son alcoolémie ne dépassait pas 80 mg. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel ont confirmé la déclaration de culpabilité.

Held (Binnie and Deschamps JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

Per Bastarache, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Straddle evidence constitutes an attempt to defeat the statutory presumption in s. 258(1)(*d.*1) and, as such, does not tend to show that the accused's blood alcohol concentration did not exceed the legal limit at the time of the alleged offence. Straddle evidence merely confirms that the accused falls into the category of drivers targeted by Parliament — namely, those who drive having consumed enough alcohol to reach a blood alcohol concentration exceeding 80 mg. Parliament, in creating this offence, clearly regarded driving with this level of consumption as posing sufficient risk to warrant criminalization. It is therefore not enough to show, based on evidence about the accused's pattern of consumption of alcohol during the relevant time period, that the accused consumed enough alcohol to exceed the legal limit, albeit in a quantity that would place him within a range that may be somewhat different from that which could be extrapolated from the breathalyzer reading. It is clear from the wording of s. 258(1)(*d.*1) that the presumption can only be rebutted by evidence that tends to show that the accused's blood alcohol concentration did not exceed the legal limit and, hence, that the accused was not in the targeted category of drivers. In order to displace the presumption, the evidence must show, therefore, that based on the amount of alcohol consumed, the accused's blood alcohol concentration would not have been above the legal limit at the time of driving, regardless of how fast or slowly the accused may have been metabolizing alcohol on the day in question. The court need not be convinced of that fact; it is sufficient if the evidence raises a reasonable doubt. Furthermore, because it is scientifically undisputed that absorption and elimination rates can vary from time to time, nothing is really gained by post-offence testing of an accused's elimination rate. It is because of these inherent variations in absorption and elimination rates that the presumption of identity is needed in the first place. In order to facilitate proof of the offence, the presumption treats all persons as one person with a fixed rate of elimination and absorption. Short of reproducing the exact same conditions that existed at the time of the offence, assuming this is even possible, any expert opinion evidence based on actual tests would have to be given with the qualification that absorption and elimination rates vary from time to time, and therefore the accused's blood alcohol level at the material time cannot be measured with precision. Ultimately, the best evidence an expert can provide is likely to be a range reflecting average elimination rates. The Court should not interpret this legislative scheme, which is intended to combat the social evils resulting from drinking and

Arrêt (les juges Binnie et Deschamps sont dissidents) : Les pourvois sont rejetés.

Les juges Bastarache, Abella, Charron et Rothstein : La preuve de chevauchement représente la tentative de priver de tout effet la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1) et ne tend pas à établir que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas la limite légale au moment de l'infraction reprochée. Elle confirme simplement que l'accusé fait partie de la catégorie des conducteurs visés par le législateur — à savoir ceux qui prennent le volant après avoir consommé suffisamment d'alcool pour atteindre une alcoolémie de plus de 80 mg. Le législateur, lorsqu'il a créé cette infraction, a manifestement considéré que la conduite avec ce niveau de consommation pose un risque suffisant pour être érigée en infraction criminelle. Par conséquent, il ne suffit pas de démontrer, en se fondant sur une preuve relative au mode de consommation d'alcool de l'accusé pendant la période pertinente, que celui-ci a consommé suffisamment d'alcool pour que son alcoolémie dépasse la limite légale, quoique en une quantité qui le situerait dans une fourchette qui pourrait être quelque peu différente de celle qu'on pourrait extrapoler à partir du résultat de l'alcootest. Il ressort clairement du texte de l'al. 258(1)*d.*1) que la présomption peut uniquement être réfutée par une preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas la limite légale et que ce dernier ne faisait donc pas partie de la catégorie des conducteurs visés. Pour neutraliser la présomption, la preuve doit donc démontrer que, étant donné la quantité d'alcool consommée, l'alcoolémie de l'accusé n'aurait pas dépassé la limite légale au moment où il était au volant, peu importe la vitesse à laquelle son organisme métabolisait l'alcool la journée en question. Il n'est pas nécessaire que le tribunal soit convaincu de ce fait; il suffit que la preuve soulève un doute raisonnable. En outre, comme il est scientifiquement incontesté que les taux d'absorption et d'élimination peuvent varier d'un moment à l'autre, il ne sert vraiment à rien d'établir le taux d'élimination de l'accusé par des tests effectués après l'infraction. C'est à cause de ces variations inhérentes des taux d'absorption et d'élimination que la présomption d'identité s'impose. Pour faciliter la preuve de l'infraction, la présomption traite toutes les personnes comme une seule ayant des taux d'élimination et d'absorption fixes. À moins que soient reproduites exactement les conditions existant au moment de l'infraction — à supposer que la chose soit même possible —, toute preuve d'expert fondée sur des tests devrait être assortie de la réserve suivante : les taux d'absorption et d'élimination varient d'un moment à l'autre, si bien qu'il est impossible de mesurer avec précision l'alcoolémie de l'accusé au moment des faits reprochés. En dernière analyse, la meilleure preuve que peut produire un expert consiste sans doute dans une fourchette correspondant aux taux

driving, as requiring accused persons, some of whom may well be battling with alcohol addiction, to submit to drinking tests in order to make out a defence. [3] [6-8]

In the present appeals, the expert opinion evidence, in placing the accused's blood alcohol concentration both above and below the legal limit at the time of driving depending on the accused's actual rate of absorption and elimination on the day in question, did no more than confirm that the accused fell within the category of drivers targeted by Parliament and did not rebut the statutory presumption under s. 258(1)(*d.*1). Consequently, M's conviction is upheld and, in G's case, the order for a new trial is confirmed. [33]

Per McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ.: Both expert evidence of alcohol elimination rates in the general population and straddle evidence can be relevant and are therefore not inherently inadmissible for the purpose of rebutting the presumption in s. 258(1)(*d.*1). However, the probative value of evidence based on rates in the general population will often be so low that it fails to raise a reasonable doubt that the accused had a blood alcohol content exceeding 80 mg. Not only do elimination rates vary between individuals, but each individual's rate will vary depending on such factors as the amount of food consumed, the type of alcohol consumed and the pattern of consumption. Thus, evidence that the blood alcohol content of an average person of the sex, age, height and weight of the accused would have been at a certain level or within a certain range will rarely be sufficiently probative to raise a reasonable doubt about the presumed fact that the actual blood alcohol content of the accused at the time of the offence exceeded the legal limit. Expert evidence of the elimination rate of the accused as established by a test is potentially more probative of the blood alcohol content he or she had while driving than evidence based on elimination rates in the general population. However, because an individual's elimination rate varies over time based on a number of factors, the probative value of evidence based on the elimination rate of the accused will logically depend on the number of variables controlled for in the elimination rate test. Evidence of the elimination rate of the accused at the time of the offence would be more likely to rebut the presumption in s. 258(1)(*d.*1) than mere evidence of the elimination rate of the accused under testing conditions. [34] [67-68]

moyens d'élimination. La Cour ne devrait pas donner à ce régime législatif, qui s'inscrit dans la lutte contre les maux sociaux résultant de l'alcool au volant, une interprétation telle que les accusés, dont certains peuvent fort bien être aux prises avec l'alcoolisme, auraient à se soumettre à des tests de dépistage d'alcool afin d'établir un moyen de défense. [3] [6-8]

Dans les présents pourvois, la preuve d'expert, en situant à la fois au-dessus et en dessous de la limite légale l'alcoolémie des accusés lorsqu'ils étaient au volant, selon leurs taux réels d'absorption et d'élimination de l'alcool le jour en question, ne fait que confirmer que les accusés faisaient partie de la catégorie des conducteurs visés par le législateur et ne permet pas de réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1). Par conséquent, la déclaration de culpabilité prononcée contre M est maintenue et, dans la cause de G, l'ordonnance exigeant un nouveau procès est confirmée. [33]

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Fish : La preuve d'expert concernant les taux d'élimination de l'alcool observés dans la population générale et la preuve de chevauchement peuvent se révéler pertinentes et ne sont donc pas en soi inadmissibles pour la réfutation de la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1). Toutefois, la preuve fondée sur les taux dans la population générale possède dans bien des cas si peu de force probante qu'elle ne suscite pas un doute raisonnable quant à l'existence chez l'accusé d'une alcoolémie supérieure à 80 mg. Les taux d'élimination varient non seulement d'un individu à l'autre, mais aussi chez le même individu en fonction de divers facteurs tels que la quantité de nourriture consommée, le type d'alcool absorbé et le mode de consommation. Ainsi, la preuve qu'une personne moyenne dont le sexe, l'âge, la taille et le poids correspondent à ceux de l'accusé aurait une alcoolémie donnée ou que son alcoolémie se situerait à l'intérieur d'une fourchette donnée présentera rarement une force probante suffisante pour soulever un doute raisonnable quant au fait présumé que l'alcoolémie réelle de l'accusé au moment de l'infraction dépassait la limite légale. Une preuve d'expert relative au taux d'élimination mesuré par des tests chez l'accusé pourrait être plus probante quant à son alcoolémie au volant qu'une preuve fondée sur les taux d'élimination dans la population générale. Cependant, puisque le taux d'élimination d'un individu varie avec le temps en fonction de plusieurs facteurs, la force probante d'une preuve fondée sur le taux d'élimination de l'accusé dépendra logiquement du nombre de variables prises en compte par le test effectué. Une preuve relative au taux d'élimination de l'accusé au moment de l'infraction permettrait plus facilement de réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1) que la simple preuve de son taux d'élimination dans les conditions du test. [34] [67-68]

Straddle evidence will rarely suffice on its own to raise a reasonable doubt as to the accuracy of a breathalyzer result. Once straddle evidence is admitted, it will be left to the trier of fact to determine whether that evidence, considered in light of the evidence as a whole, raises a reasonable doubt as to the accuracy of the breathalyzer result. Straddle evidence and the other evidence relied on by the defence will warrant an acquittal only if it tends to prove that the blood alcohol level of the accused at the relevant time did not exceed 80 mg. A wide straddle range cannot be considered evidence to the contrary of the breathalyzer result, since it does not tend to prove that the accused was at or under the legal limit. Similarly, a range that is overwhelmingly above the legal limit may be of limited probative value. The more that is known about probabilities within the range, the more probative the evidence may be. To foreclose the possibility of straddle evidence raising a reasonable doubt and rebutting the presumption in s. 258(1)(*d.*1) would inappropriately restrict the ability of an accused to defend him- or herself. The wording of the provision gives no indication of a legislative intent to render the fictional presumption absolute or irrebuttable in practice. It also leaves open the possibility of discrepancies between test results obtained at the time of testing and the blood alcohol content of the accused at the time of the offence. A mandatory presumption that requires the accused to raise a reasonable doubt about a fact that has not been proved by the Crown may *prima facie* be a limit on the presumption of innocence protected by s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that needs to be justified under s. 1. [73] [75-76]

In these cases, the expert's straddle evidence adduced by G is sufficiently relevant to be admissible and is not without foundation. However, given that it is based on elimination rates in the general population, consists of a wide range of values and includes values significantly above the legal limit, it does not, as is required to rebut the presumption in s. 258(1)(*d.*1), raise a reasonable doubt that G's blood alcohol content actually exceeded 80 mg. Although the expert evidence adduced by M was also admissible, it would have been unreasonable for the trial judge to find that the straddle evidence indicating a range of 64 to 109 mg was capable of raising a reasonable doubt. The evidence of M's own elimination rate, which supported a blood alcohol content of 71 mg, was also rejected by the trial judge because the test used to determine the elimination rate had not sufficiently approximated the conditions at the time of the alleged offence, which limited its relevance to the fact M was seeking to prove. There is no reason to interfere

La preuve de chevauchement, sans autre preuve, sera rarement assez convaincante pour susciter un doute raisonnable quant à l'exactitude du résultat d'alcootest. Une fois la preuve de chevauchement admise, il appartiendra au juge des faits de déterminer si elle soulève un doute raisonnable quant à l'exactitude du résultat de l'alcootest, compte tenu de l'ensemble de la preuve. La preuve de chevauchement et l'autre preuve invoquée par la défense ne garantiront l'acquittement que si elles tendent à prouver que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas 80 mg au moment pertinent. Une large fourchette qui chevauche la limite légale ne peut être considérée comme preuve contraire permettant de réfuter les résultats de l'alcootest, car elle ne tend pas à prouver que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas la limite légale. De même, une fourchette se situant largement au-dessus de la limite légale risque d'avoir une force probante limitée. Plus nous connaissons les probabilités situées dans la fourchette, plus la preuve pourrait être probante. Écarter complètement la possibilité que la preuve de chevauchement suscite un doute raisonnable et permette de réfuter la présomption établie à l'al. 258(1)*d.*1) restreindrait indûment la capacité de l'accusé de se défendre. Le texte de la disposition n'offre aucune indication quant à l'intention du législateur de rendre la présomption fictive absolue ou irréfragable en pratique. Il n'exclut pas la possibilité de montrer les divergences entre les résultats des tests et l'alcoolémie au moment de l'infraction. La présomption obligatoire selon laquelle l'accusé doit susciter un doute raisonnable quant à un fait que le ministère public n'a pas établi à première vue risque de restreindre l'effet de la présomption d'innocence, protégée par l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et qu'il faut justifier selon l'article premier. [73] [75-76]

Dans les présents pourvois, la preuve d'expert relative au chevauchement présentée par G est suffisamment pertinente pour être admissible et elle n'est pas sans fondement. Mais étant donné qu'elle est fondée sur les taux d'élimination dans la population générale, comporte une large fourchette et comprend des valeurs notablement supérieures à la limite légale, elle ne soulève aucun doute raisonnable quant à l'alcoolémie supérieure à 80 mg de G, comme l'exige la réfutation de la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1). Bien que la preuve d'expert présentée par M soit également admissible, le juge de première instance ne pouvait pas raisonnablement conclure que la preuve de chevauchement indiquant une fourchette de 64 à 109 mg pouvait susciter un doute raisonnable. Le juge a aussi rejeté la preuve relative au taux d'élimination de M lui-même, sur laquelle repose l'alcoolémie de 71 mg, car le test utilisé pour déterminer ce taux ne reproduisait pas d'une façon suffisante les conditions existant au moment de

with that finding. In the result, M's conviction is upheld and, in G's case, the order for a new trial is confirmed. [78-79] [81-82]

Per Binnie and Deschamps JJ. (dissenting): Evidence that tends to show that the blood alcohol concentration of the accused at the time of interception did not exceed the legal limit based on an elimination rate of 15 mg per hour, or on the actual elimination rate of the accused according to test results, will suffice to raise a reasonable doubt. There is a body of scientific evidence that shows that members of the general population tend to eliminate alcohol at a rate faster than 15 mg per hour. It would therefore be speculative to assume, without any evidence, that a given accused is different from the majority of the general population and is a slow eliminator. Unless the scientific information that supports using 15 mg as a marker is contradicted by persuasive expert evidence, a judge should acquit if the prevailing direction of the straddle range favours a level that does not exceed the legal limit. The prevailing direction approach affords the accused a defence that is sufficiently complete without requiring post-offence testing. As a matter of judicial policy, requiring accused persons to submit to drinking tests should not be encouraged by the courts. Nevertheless, post-offence testing is not, *per se*, irrelevant or lacking in probative value. Just as evidence of average elimination rates in the general population is not discredited simply because such rates do not replicate the situation of an accused, evidence of post-offence testing designed to determine the elimination rate of an individual accused should not be rejected for that reason alone. An elimination rate based on test results may constitute evidence that tends to show that an accused eliminates alcohol at a rate faster than 15 mg per hour. Although the weight given to post-offence testing may depend on a number of variables, this should not be interpreted as requiring replication of the conditions of absorption. [84] [90-91]

In G's case, the expert for the defence testified that G's blood alcohol content while he was driving would, based on average elimination rates, have been between 40 and 105 mg. There is agreement with the trial judge's finding that the prevailing direction of the range favoured a level that did not exceed the legal limit, and that this was sufficient evidence for an acquittal. Therefore, G's acquittal should be restored. [93]

l'infraction reprochée, ce qui restreignait sa pertinence à l'égard du fait que M cherchait à établir. Il n'y a aucune raison de modifier cette conclusion. Par conséquent, la déclaration de culpabilité prononcée contre M est maintenue et, dans la cause de G, l'ordonnance exigeant un nouveau procès est confirmée. [78-79] [81-82]

Les juges Binnie et Deschamps (dissidents) : La preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé, au moment de l'interpellation, ne dépassait pas la limite légale d'après le taux d'élimination de 15 mg par heure ou le taux réel d'élimination de l'accusé, mesuré par des tests, suffit pour soulever un doute raisonnable. Un ensemble d'éléments de preuve scientifiques montrent que la population générale tend à éliminer l'alcool plus rapidement que 15 mg par heure. Par conséquent, ce n'est qu'une conjecture que de conclure, sans aucune preuve, qu'un accusé est différent de la majorité de la population générale et que son organisme élimine plus lentement l'alcool. À moins qu'une preuve d'expert convaincante ne vienne contredire l'information scientifique selon laquelle l'utilisation de 15 mg comme point de repère est acceptable, le juge doit prononcer l'acquittement si l'orientation dominante du chevauchement tend à indiquer un niveau ne dépassant pas la limite légale. L'approche de l'orientation dominante offre à l'accusé suffisamment de moyens de défense sans qu'il soit nécessaire d'exiger que des tests soient effectués après l'infraction. Pour des motifs de politique judiciaire, les tribunaux ne devraient pas encourager la réalisation de tests où l'on force le sujet à boire. Toutefois, les tests effectués après l'infraction ne sont pas, en eux-mêmes, dépourvus de pertinence ou de force probante. Tout comme la preuve des taux moyens d'élimination observés dans la population générale n'est pas discréditée du simple fait qu'ils ne tiennent pas compte de la situation de l'accusé, la preuve que constituent les tests effectués après l'infraction pour déterminer le taux d'élimination d'un accusé ne doit pas être écartée pour cette seule raison. Un taux d'élimination mesuré par des tests peut constituer une preuve tendant à démontrer que l'accusé élimine l'alcool plus rapidement que 15 mg par heure. Même si le poids à accorder aux tests effectués après l'infraction peut dépendre d'un certain nombre de variables, il ne faut pas considérer que les conditions d'absorption doivent être reproduites exactement. [84] [90-91]

Dans la cause de G, l'expert cité par la défense a témoigné que, d'après les taux moyens d'élimination, son alcoolémie au volant s'établissait entre 40 et 105 mg. Il y a accord avec la conclusion du juge du procès que l'orientation dominante de la fourchette tendait à indiquer un niveau ne dépassant pas la limite légale et que la preuve était suffisante pour justifier l'acquittement. Par conséquent, il y a lieu de rétablir l'acquittement de G. [93]

In the case of M, the Crown failed to undermine the weight of evidence of post-offence testing by either cross-examining the expert or adducing contradictory expert evidence at trial. Although M's elimination rate according to the expert's test may not be the same as his rate on the day of the offence, nothing in the record suggests that any variation between the actual and tested elimination rates would be material or would cast doubt on the usefulness of the expert evidence. Nevertheless, the expert's post-offence tests can constitute evidence to the contrary only if M's consumption scenario is found to be credible. Here, the trial judge made no express findings on this issue. He rejected the expert's evidence on the basis that the midpoint of the straddle range was above the legal limit and that the food and the type of alcohol consumed had not been taken into account in the post-offence tests. As he had dismissed the expert testimony, the trial judge found M guilty without making any findings concerning his credibility. Since this Court cannot enter an acquittal, as a finding on M's credibility would have had to be made first, a new trial should be ordered on the charge of driving with a blood alcohol level exceeding the legal limit. [98-99]

Cases Cited

By Charron J.

Distinguished: *R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, 2005 SCC 72; **referred to:** *R. v. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542; *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *R. v. Moreau*, [1979] 1 S.C.R. 261; *R. v. Noros-Adams* (2003), 175 Man. R. (2d) 68, 2003 MBQB 130; *R. v. Gaynor* (2000), 272 A.R. 108, 2000 ABPC 104; *R. v. Déry*, [2001] Q.J. No. 3205 (QL).

By LeBel J.

Distinguished: *R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, 2005 SCC 72; **approved:** *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; **considered:** *R. v. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542; **referred to:** *R. v. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150; *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Déry*, [2001] Q.J. No. 3205 (QL); *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279; *R. v. Moen* (2007), 48 C.R. (6th) 361, 2007 BCSC 376; *R. v. Noros-Adams* (2003), 190 Man. R. (2d) 161, 2003 MBCA 103.

Dans la cause de M, le ministère public n'a pas mis en doute les tests effectués après l'infraction en contre-interrogeant l'expert ou en présentant une preuve d'expert qui contredit ces tests. Même si le taux d'élimination de M que l'expert a mesuré par des tests peut ne pas être le même que le jour de l'infraction, rien dans le dossier n'indique que l'écart entre le taux d'élimination réel et celui mesuré par des tests est important ou jette un doute sur l'utilité de la preuve d'expert. Cependant, les tests effectués par l'expert après l'infraction ne peuvent constituer une preuve contraire que si le scénario de consommation de M est jugé crédible. En l'espèce, le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion expresse sur cette question. Il a rejeté le témoignage de l'expert parce que le point milieu du chevauchement se trouvait au-dessus de la limite légale et que les tests effectués après l'infraction ne prenaient pas en compte les aliments consommés et le type d'alcool absorbé. Comme il a rejeté le témoignage de l'expert, il a déclaré M coupable sans formuler de conclusion quant à sa crédibilité. Comme la Cour ne peut prononcer l'acquittement, car il aurait d'abord fallu établir une conclusion sur la crédibilité de M, il faut ordonner un nouveau procès à l'égard de l'accusation de conduite avec une alcoolémie dépassant la limite légale. [98-99]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, 2005 CSC 72; **arrêts mentionnés :** *R. c. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542; *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261; *R. c. Noros-Adams* (2003), 175 Man. R. (2d) 68, 2003 MBQB 130; *R. c. Gaynor* (2000), 272 A.R. 108, 2000 ABPC 104; *R. c. Déry*, [2001] J.Q. nº 3205 (QL).

Citée par le juge LeBel

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, 2005 CSC 72; **arrêt approuvé :** *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; **arrêt examiné :** *R. c. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542; **arrêts mentionnés :** *R. c. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150; *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Déry*, [2001] J.Q. nº 3205 (QL); *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279; *R. c. Moen* (2007), 48 C.R. (6th) 361, 2007 BCSC 376; *R. c. Noros-Adams* (2003), 190 Man. R. (2d) 161, 2003 MBCA 103.

By Deschamps J. (dissenting)

R. v. Heideman (2002), 168 C.C.C. (3d) 542; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. v. Déry*, [2001] Q.J. No. 3205 (QL); *R. v. Bellemare*, [2001] Q.J. No. 3304 (QL); *R. v. Nault*, [2001] Q.J. No. 3201 (QL); *R. v. Thiffeault*, [2001] Q.J. No. 3198 (QL); *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. v. Milne* (2006), 43 M.V.R. (5th) 167, 2006 ABPC 331; *R. v. Hughes*, [2007] A.J. No. 740 (QL), 2007 ABPC 180.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(*d*).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253, 258(1)(*c*), (*d*.1), (*g*).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 25.

Authors Cited

Solomon, Robert, and Erika Chamberlain. "Calculating BACs for Dummies: The Real-World Significance of Canada's 0.08% Criminal BAC Limit for Driving" (2004), 8 *Can. Crim. L.R.* 219.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Saunders, Oland and Fichaud JJ.A.) (2006), 243 N.S.R. (2d) 325, 208 C.C.C. (3d) 248, 30 M.V.R. (5th) 161, [2006] N.S.J. No. 178 (QL), 2006 CarswellNS 181, 2006 NSCA 51, setting aside the accused's acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed, Binnie and Deschamps JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J.A. and Ritter and O'Brien JJ.A.), [2006] 9 W.W.R. 711, 60 Alta. L.R. (4th) 205, 391 A.R. 140, 209 C.C.C. (3d) 481, 32 M.V.R. (5th) 163, [2006] A.J. No. 706 (QL), 2006 CarswellAlta 792, 2006 ABCA 177, affirming the accused's conviction. Appeal dismissed, Binnie and Deschamps JJ. dissenting.

Joshua M. Arnold, *Michael S. Taylor* and *Stanley W. MacDonald*, for the appellant Robert Albert Gibson.

Alan D. Gold, for the appellant Martin Foster MacDonald.

William D. Delaney and *Frank Hoskins, Q.C.*, for the respondent Her Majesty the Queen (31546).

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

R. c. Heideman (2002), 168 C.C.C. (3d) 542; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. c. Déry*, [2001] J.Q. nº 3205 (QL); *R. c. Bellemare*, [2001] J.Q. nº 3304 (QL); *R. c. Nault*, [2001] J.Q. nº 3201 (QL); *R. c. Thiffeault*, [2001] J.Q. nº 3198 (QL); *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. c. Milne* (2006), 43 M.V.R. (5th) 167, 2006 ABPC 331; *R. c. Hughes*, [2007] A.J. No. 740 (QL), 2007 ABPC 180.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11*d*).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253, 258(1) *c*), *d*.1), *g*).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 25.

Doctrine citée

Solomon, Robert, and Erika Chamberlain. « Calculating BACs for Dummies : The Real-World Significance of Canada's 0.08% Criminal BAC Limit for Driving » (2004), 8 *R.C.D.P.* 219.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Saunders, Oland et Fichaud) (2006), 243 N.S.R. (2d) 325, 208 C.C.C. (3d) 248, 30 M.V.R. (5th) 161, [2006] N.S.J. No. 178 (QL), 2006 CarswellNS 181, 2006 NSCA 51, qui a annulé l'acquittement de l'accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Binnie et Deschamps sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Ritter et O'Brien), [2006] 9 W.W.R. 711, 60 Alta. L.R. (4th) 205, 391 A.R. 140, 209 C.C.C. (3d) 481, 32 M.V.R. (5th) 163, [2006] A.J. No. 706 (QL), 2006 CarswellAlta 792, 2006 ABCA 177, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé. Pourvoi rejeté, les juges Binnie et Deschamps sont dissidents.

Joshua M. Arnold, *Michael S. Taylor* et *Stanley W. MacDonald*, pour l'appelant Robert Albert Gibson.

Alan D. Gold, pour l'appelant Martin Foster MacDonald.

William D. Delaney et *Frank Hoskins, c.r.*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine (31546).

Eric J. Tolppanen and *David C. Marriott*, for the respondent Her Majesty the Queen (31613).

Philip Perlmutter and *James V. Palangio*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

The reasons of Bastarache, Abella, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

[1] These appeals raise the question of whether expert opinion evidence which says that the accused's blood alcohol concentration may have been over or may have been within the legal limit at the material time, depending on the accused's actual rates of absorption and elimination on the day in question, is capable of rebutting the statutory presumption set out in s. 258(1)(*d.*1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (see Appendix). This type of evidence will be referred to as "straddle evidence" because the range of possible blood alcohol concentrations straddles the legal limit of 80 mg of alcohol per 100 ml of blood.

[2] LeBel J. concludes that depending on a number of factors, straddle evidence may or may not provide a sufficiently probative evidentiary basis to rebut the presumption arising from the accused's failure of the breathalyzer test. These factors may include evidence about the accused's own rate of elimination as tested post-offence. I agree with LeBel J. that the straddle evidence adduced in both cases under appeal failed to rebut the presumption and that consequently both appeals should be dismissed. However, I arrive at this conclusion for different reasons.

[3] As I will explain, it is my view that in *all* cases straddle evidence merely constitutes an attempt to defeat the statutory presumption itself and, as such, does not tend to show that the accused's blood alcohol concentration did not exceed the legal limit at

Eric J. Tolppanen et *David C. Marriott*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine (31613).

Philip Perlmutter et *James V. Palangio*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française des motifs des juges Bastarache, Abella, Charron et Rothstein rendus par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

[1] La Cour doit déterminer si une preuve d'expert selon laquelle l'alcoolémie de l'accusé au moment des faits reprochés pouvait aussi bien dépasser la limite légale qu'y être inférieure, selon ses taux réels d'absorption et d'élimination la journée en question, permet de réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (voir annexe). On utilisera l'expression « preuve de chevauchement » pour désigner ce type de preuve, puisque la fourchette des alcoolémies possibles chevauche la limite légale fixée à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang.

[2] Le juge LeBel conclut que, en fonction d'un certain nombre de facteurs, la preuve de chevauchement pourrait dans certains cas constituer un élément de preuve suffisamment probant pour réfuter la présomption découlant d'un alcootest positif. Au nombre de ces facteurs pourrait figurer une preuve relative au taux d'élimination de l'alcool chez l'accusé, mesuré par des tests effectués après l'infraction. Comme le juge LeBel, je conclus que la preuve de chevauchement présentée dans les deux affaires dont la Cour est saisie ne permet pas de réfuter la présomption et que, par conséquent, les deux pourvois doivent être rejetés. J'arrive toutefois à cette conclusion pour des raisons différentes.

[3] Comme je l'expliquerai, la preuve de chevauchement, à mon avis, représente simplement dans *tous* les cas la tentative de priver de tout effet la présomption légale elle-même et ne tend donc pas à établir, dans le contexte de l'al. 258(1)*d.*1), que

the time of the alleged offence within the meaning of s. 258(1)(*d.*1). I also conclude, on the basis of the undisputed scientific fact that absorption and elimination rates vary continuously, that post-offence testing of the accused's own elimination rate will rarely, if ever, add anything of value to the expert opinion evidence and, for obvious policy reasons, should not be encouraged, let alone required.

[4] It is undisputed that the human body absorbs and eliminates alcohol over time, and that absorption and elimination rates vary, not only from person to person, *but also from time to time for the same individual*, depending on a number of factors, some of which concern the person's digestive process at the relevant time. It is therefore impossible to ascertain the precise rate at which the accused was metabolizing alcohol at the time of the alleged offence. Parliament can be assumed to have known that blood alcohol levels are subject to these inherent variations. Yet, it saw fit to implement the presumption. The legislative scheme must be interpreted in this context.

[5] Because absorption and elimination rates continually vary, it is readily apparent that a breathalyzer reading of 95 mg, for example, may not reflect the *actual* concentration of alcohol in the accused's blood at the time of the alleged offence — it would depend on the rate at which the particular accused is metabolizing the alcohol during the relevant time period on the day in question. Yet, it can be no defence for an accused to say that the actual alcohol concentration at the material time may have been less than the legal limit based on this variable alone. To admit such a defence would obviously fly in the face of the presumption itself. It is because of these inherent variations in absorption and elimination rates that the presumption of identity is needed in the first place. In order to facilitate proof of the offence, the presumption treats all persons as one person with a fixed rate of elimination and absorption.

l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas la limite légale au moment de l'infraction reprochée. Je conclus aussi, en m'appuyant sur des faits scientifiques incontestés, que les taux d'absorption et d'élimination varient constamment, que les tests effectués après l'infraction pour mesurer le taux d'élimination de l'accusé ajouteront rarement, voire jamais, quoi que ce soit d'utile à la preuve d'expert et que, pour des raisons de principe évidentes, il ne faut pas les encourager, et encore moins les exiger.

[4] Il est incontesté que le corps humain absorbe et élimine l'alcool au fil du temps et que les taux d'absorption et d'élimination varient, non seulement d'une personne à l'autre, *mais aussi d'un moment à l'autre chez le même individu*, en fonction de plusieurs facteurs, dont certains ont trait au processus de digestion au moment considéré. Il est donc impossible de déterminer le taux précis de métabolisation d'alcool chez l'accusé au moment de l'infraction reprochée. On peut présumer que le législateur savait que l'alcoolémie est sujette à ces variations inhérentes. Or, il a jugé opportun d'instaurer la présomption. C'est dans ce contexte qu'il faut interpréter les dispositions de la loi.

[5] Étant donné que les taux d'absorption et d'élimination varient constamment, l'indication par l'alcootest d'une alcoolémie de 95 mg, par exemple, peut bien entendu ne pas correspondre à l'alcoolémie *réelle* de l'accusé au moment de l'infraction reprochée — l'alcoolémie dépend de la vitesse à laquelle un accusé donné métabolise l'alcool durant la période considérée, le jour en question. L'accusé ne saurait pourtant invoquer comme moyen de défense le fait que son alcoolémie réelle au moment des faits reprochés pouvait être inférieure à la limite légale en raison de cette seule variable. Admettre un tel moyen de défense, ce serait à l'évidence faire fi de la présomption elle-même. C'est d'ailleurs à cause de ces variations inhérentes des taux d'absorption et d'élimination que la présomption d'identité s'impose. Pour faciliter la preuve de l'infraction, la présomption traite toutes les personnes comme une seule ayant des taux d'élimination et d'absorption fixes.

[6] Straddle evidence puts the accused in no better position. It merely confirms that the accused falls into the category of drivers targeted by Parliament — namely, those who drive having consumed enough alcohol to reach a blood alcohol concentration exceeding 80 mg. Parliament, in creating this offence, clearly regarded driving with this level of consumption as posing sufficient risk to warrant criminalization. It is therefore not enough to show, based on evidence about the accused's pattern of consumption of alcohol during the relevant time period, that the accused consumed enough alcohol to exceed the legal limit, *albeit* in a quantity that would place him within a range that may be somewhat different than that which could be extrapolated from the breathalyzer reading. It is clear from the wording of s. 258(1)(*d.*1) that the presumption can only be rebutted by evidence that tends to show that the accused's blood alcohol concentration *did not exceed the legal limit* and, hence, that the accused was not in the targeted category of drivers.

[7] In order to displace the presumption, the evidence must show, therefore, that based on the amount of alcohol consumed, the accused's blood alcohol concentration would not have been above the legal limit at the time of driving, *regardless* of how fast or slow the accused may have been metabolizing alcohol on the day in question. Of course, the court need not be convinced of that fact. It is sufficient if the evidence raises a reasonable doubt.

[8] Further, because it is scientifically undisputed that absorption and elimination rates can vary from time to time, nothing is really gained by post-offence testing of an accused's elimination rate. Short of reproducing the exact same conditions that existed at the time of the offence, assuming this is even possible, any expert opinion evidence based on actual tests would have to be given with the qualification that absorption and elimination rates vary from time to time, and therefore the accused's blood alcohol level at the material time cannot be measured with precision. Ultimately, the

[6] La preuve de chevauchement n'est pas davantage utile à l'accusé. Elle confirme simplement qu'il fait partie de la catégorie des conducteurs visés par le législateur — à savoir ceux qui prennent le volant après avoir consommé suffisamment d'alcool pour atteindre une alcoolémie de plus de 80 mg. Le législateur, lorsqu'il a créé cette infraction, a manifestement considéré que la conduite avec ce niveau de consommation pose un risque suffisant pour être érigée en infraction criminelle. Par conséquent, il ne suffit pas de démontrer, en se fondant sur une preuve relative au mode de consommation d'alcool de l'accusé pendant la période pertinente, que celui-ci a consommé suffisamment d'alcool pour que son alcoolémie dépasse la limite légale, *quoique* en une quantité qui le situerait dans une fourchette qui pourrait être quelque peu différente de celle qu'on pourrait extrapoler à partir du résultat de l'alcootest. Il ressort clairement du texte de l'al. 258(1)*d.*1) que la présomption peut uniquement être réfutée par une preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé *ne dépassait pas la limite légale* et que ce dernier ne faisait donc pas partie de la catégorie des conducteurs visés.

[7] Pour neutraliser la présomption, la preuve doit démontrer que, étant donné la quantité d'alcool consommée, l'alcoolémie de l'accusé n'aurait pas dépassé la limite légale au moment où il était au volant, *peu importe* la vitesse à laquelle son organisme métabolisait l'alcool la journée en question. Bien entendu, il n'est pas nécessaire que le tribunal soit convaincu de ce fait. Il suffit que la preuve soulève un doute raisonnable.

[8] En outre, comme il est scientifiquement incontesté que les taux d'absorption et d'élimination peuvent varier d'un moment à l'autre, il ne sert vraiment à rien d'établir le taux d'élimination de l'accusé par des tests effectués après l'infraction. À moins que soient reproduites exactement les conditions existant au moment de l'infraction — à supposer que la chose soit même possible —, toute preuve d'expert fondée sur des tests devrait être assortie de la réserve suivante : les taux d'absorption et d'élimination varient d'un moment à l'autre, si bien qu'il est impossible de mesurer avec précision l'alcoolémie

best evidence an expert can provide, as the expert opinion evidence adduced in Mr. MacDonald's case exemplifies, is likely to be a range reflecting average elimination rates. In any event, it is my view that this Court should not interpret this legislative scheme, which is intended to combat the social evils resulting from drinking and driving, as requiring accused persons, some of whom may well be battling with alcohol addiction, to submit to drinking tests in order to make out a defence. Surely, Parliament cannot have so intended.

2. The Proceedings Below

[9] LeBel J. has described the facts in some detail and summarized the findings of the courts below and I need not repeat this information here. For the purpose of my analysis, I will only briefly summarize the evidence.

[10] In each case under appeal, the accused was charged with driving "over 80" after failing a breathalyzer test. The first breath sample taken from Mr. Gibson provided a reading of 120 mg and the second a reading of 100 mg. The two breath samples taken from Mr. MacDonald each produced a reading of 146 mg. At their respective trials, Mr. Gibson and Mr. MacDonald testified as to their pattern of drinking at the material time and adduced expert evidence to rebut the presumption that the breathalyzer readings provided proof that their blood alcohol concentrations exceeded the legal limit at the time of driving. As is usually the case, the expert opinion evidence concerning the accused's blood alcohol concentration at the time of driving was expressed in terms of a range of possible blood alcohol concentrations, given the amount of alcohol consumed, the pattern of drinking, and the accused's age, height, weight and gender. In each case, the range of hypothetical blood alcohol concentrations "straddled" the legal limit of 80 mg. Mr. Gibson's expert testified that, if the pattern of consumption described by Mr. Gibson was accurate, his blood alcohol concentration would have been between 40 and 105 mg at the time of

de l'accusé au moment des faits reprochés. En dernière analyse, la meilleure preuve que peut produire un expert, comme l'illustre la preuve d'expert présentée dans la cause de M. MacDonald, consiste sans doute dans une fourchette correspondant aux taux moyens d'élimination. Quoi qu'il en soit, la Cour ne devrait pas, à mon avis, donner à ce régime législatif, qui s'inscrit dans la lutte contre les maux sociaux résultant de l'alcool au volant, une interprétation telle que les accusés, dont certains peuvent fort bien être aux prises avec l'alcoolisme, auraient à se soumettre à des tests de dépistage d'alcool afin d'établir un moyen de défense. Telle ne pouvait sûrement pas être l'intention du législateur.

2. Les juridictions inférieures

[9] Comme le juge LeBel a décrit les faits d'une façon assez détaillée et a résumé les conclusions des juridictions inférieures, il est inutile de les répéter ici. Pour les besoins de mon analyse, je me contenterai de résumer brièvement la preuve.

[10] Dans chacune des affaires dont la Cour est saisie, l'accusé a été inculpé de conduite avec une alcoolémie de « plus de 80 mg » après un alcootest positif. Le premier échantillon d'haleine fourni par M. Gibson indiquait une alcoolémie de 120 mg et le second, une alcoolémie de 100 mg. Dans le cas de M. MacDonald, chacun des deux échantillons indiquait une alcoolémie de 146 mg. Lors de leurs procès respectifs, M. Gibson et M. MacDonald ont témoigné au sujet de leur mode de consommation au moment des faits reprochés et ont présenté une preuve d'expert afin de réfuter la présomption selon laquelle les résultats des alcootests prouvaient que leur alcoolémie au moment où ils étaient au volant était supérieure à la limite légale. Comme c'est habituellement le cas, la preuve d'expert relative à l'alcoolémie au volant était présentée sous la forme d'une fourchette d'alcoolémies possibles en fonction de la quantité d'alcool consommée, du mode de consommation ainsi que de l'âge, de la taille, du poids et du sexe de l'accusé. Dans chacun des cas, la fourchette d'alcoolémies hypothétiques chevauchait la limite légale de 80 mg. Selon l'expert de M. Gibson, si le mode de consommation décrit par ce dernier était exact, son alcoolémie se serait située

driving. Mr. MacDonald's expert provided a range of between 64 and 109 mg.

[11] In addition, the expert called on behalf of Mr. MacDonald tested his elimination rate more than six months after the alleged offence, explaining that this test was required of him by the Alberta Court of Appeal. The test did not involve beer or a similar pattern of drinking as on the date of the offence, but rather required Mr. MacDonald to consume a quantity of diet soda and vodka over a period of five minutes, then give breath samples periodically until his blood alcohol concentration reached a target range of between 50 and 60 mg. On the basis of this test, the expert determined that Mr. MacDonald's elimination rate was 18.5 mg per hour. Assuming this elimination rate to be operative at the material time, the expert estimated that Mr. MacDonald's blood alcohol concentration would have been 71 mg when he was stopped by the police. However, the expert added that "medically it's clear" that an individual's elimination rate can "vary from occasion to occasion", and that food consumption and alcohol type affect alcohol absorption rates. He therefore stated that "if the rate of elimination was not 18.5 likely it would fall between 10 and 20, again, because most of the population would break alcohol down within that range" (A.R., at p. 70).

entre 40 et 105 mg au moment où il était au volant. L'expert de M. MacDonald a, quant à lui, fait état d'une fourchette s'établissant entre 64 et 109 mg.

[11] Par ailleurs, l'expert cité pour le compte de M. MacDonald a effectué, plus de six mois après l'infraction reprochée, un test visant à déterminer son taux d'élimination de l'alcool. Il a expliqué que ce test lui avait été demandé par la Cour d'appel de l'Alberta. Il n'a pas utilisé de bière pour ce test, ni tenté de reproduire le mode de consommation à la date de l'infraction reprochée, mais a plutôt fait boire à M. MacDonald une certaine quantité de soda diète et de vodka pendant cinq minutes et lui a demandé de fournir périodiquement des échantillons d'haleine jusqu'à ce que son alcoolémie atteigne la fourchette cible, entre 50 et 60 mg. À partir des résultats de ce test, il a conclu que le taux d'élimination de M. MacDonald était de 18,5 mg par heure. Il a estimé que, si tel était son taux d'élimination au moment des faits reprochés, l'alcoolémie de M. MacDonald se serait établie à 71 mg lors de son interpellation par la police. Il a cependant ajouté que [TRADUCTION] « médicalement, il est clair » que le taux d'élimination d'un individu peut [TRADUCTION] « varier d'une fois à l'autre » et que la consommation d'aliments ainsi que le type d'alcool influent sur les taux d'absorption de l'alcool. Il a donc déclaré que, [TRADUCTION] « si le taux d'élimination n'était pas de 18,5, il se situerait probablement entre 10 et 20, encore une fois, parce que la majorité des gens métaboliseraient l'alcool à l'intérieur de cette fourchette » (d.a., p. 70).

3. Analysis

[12] Before discussing the effect of straddle evidence, it may be helpful to briefly describe the evidentiary presumptions in s. 258(1) of the *Criminal Code* in the context of the legislative scheme and to review some of this Court's jurisprudence on the presumptions and the nature of the evidence capable of rebutting them.

3.1 *The Legislative Scheme and the Statutory Presumptions*

[13] It is a criminal offence under s. 253 of the *Criminal Code* for a person to operate a motor

3. Analyse

[12] Avant d'aborder les effets de la preuve de chevauchement, il peut être utile de décrire brièvement les présomptions de preuve énoncées au par. 258(1) du *Code criminel* dans le contexte du régime législatif et d'examiner certaines décisions rendues par la Cour au sujet de ces présomptions et de la nature de la preuve capable de les réfuter.

3.1 *Le régime législatif et les présomptions légales*

[13] Selon l'article 253 du *Code criminel*, commet une infraction criminelle quiconque conduit un

vehicle while his or her ability to operate the motor vehicle is impaired by alcohol. It is equally an offence under the same provision for a person to operate a motor vehicle having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds 80 mg. In criminalizing the conduct of persons who drive with a blood alcohol concentration in excess of 80 mg, *regardless* of whether those persons are actually impaired at the time, it can be presumed that Parliament regarded driving with this level of consumption as being of sufficient risk to warrant criminalization. Wakeling J.A. captured this point well in his dissenting reasons in *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28 (Sask. C.A.), at pp. 45-46:

> As a starting point in the consideration of this appeal, it is useful to remember the basis for the legislation in question. The decision to create an .08 standard as establishing intoxication to a point of impairment necessarily rejects an element of individuality in order to meet the higher social advantage of effectively dealing with the serious hazard created by those who drive when they have been drinking and are impaired as a consequence. Inherent in the acceptance of .08 as a standard is the recognition that alcohol does not have the same impact on everyone, depending on such differences as gender, age, weight and individual tolerance levels, but that the extent of the social concern created by impaired drivers and the tragic consequences of a failure to control that problem, dictated the change from an emphasis on an individual's reaction to alcohol to an emphasis on a standard of general application. The standard is not intended as an absolute one in the sense that it is an accurate assessment of everyone's state of impairment, as is evident from the fact some jurisdictions have set the figure at .100 (some states in the U.S.A.) and others as low as .06 (some states in Australia).

[14] Section 258(1) of the *Criminal Code* establishes three evidentiary presumptions which simplify the prosecution of the offence of driving "over 80". In *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791, Iacobucci J. explained that the presumptions are "legal or evidentiary shortcuts designed to bridge difficult evidentiary gaps" (para. 23). More recently, Deschamps J. described the legislative scheme as creating "two presumptions of identity and one

véhicule à moteur lorsque sa capacité de conduire ce véhicule est affaiblie par l'effet de l'alcool. Selon le même article, commet aussi une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse 80 mg. On peut présumer que le législateur, lorsqu'il a érigé en infraction criminelle la conduite avec une alcoolémie supérieure à 80 mg, *peu importe* que les facultés soient ou non effectivement affaiblies à ce moment-là, a estimé que la conduite avec ce niveau de consommation pose un risque suffisant pour être qualifié de crime. Le juge Wakeling l'a bien expliqué dans ses motifs dissidents dans *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28 (C.A. Sask.), p. 45-46 :

> [TRADUCTION] Pour l'examen du présent appel, il est utile au départ de rappeler le fondement des dispositions en question. La décision d'établir une norme de 0,08 au-delà de laquelle il est établi que l'état d'ébriété entraîne l'affaiblissement des facultés revient nécessairement à rejeter un élément d'individualité afin d'obtenir un avantage social supérieur — soit la prise de mesures efficaces contre le danger grave créé par ceux qui conduisent avec des facultés affaiblies par la consommation d'alcool. L'acceptation de la norme de 0,08 implique d'une façon inhérente la reconnaissance du fait que l'alcool n'agit pas de la même manière sur chacun, son effet variant en fonction notamment du sexe, de l'âge, du poids et du niveau de tolérance individuel, mais qu'étant donné l'ampleur du problème social de la conduite avec facultés affaiblies et les conséquences tragiques si l'on n'y répond pas efficacement, il a fallu cesser de mettre l'accent sur la réaction individuelle à l'alcool pour insister plutôt sur une norme d'application générale. On n'a pas prétendu en faire une norme absolue au sens où elle permettrait d'évaluer avec exactitude l'affaiblissement des facultés de chacun, comme en témoigne le fait qu'à certains endroits la limite a été fixée à 0,100 (dans certains États américains) alors qu'ailleurs elle n'est que de 0,06 (dans certains États australiens).

[14] Le paragraphe 258(1) du *Code criminel* établit trois présomptions de preuve qui simplifient les poursuites intentées à l'égard de l'infraction de conduite avec une alcoolémie de « plus de 80 mg ». Dans *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791, le juge Iacobucci a expliqué que les présomptions sont « des raccourcis légaux conçus pour combler de graves lacunes dans la preuve » (par. 23). Plus récemment, la juge Deschamps a précisé que le

presumption of accuracy" (*R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, 2005 SCC 72, at para. 14).

[15] The presumption of accuracy is contained in s. 258(1)(*g*). It provides that a technician's certificate stating the accused's blood alcohol concentration at the time of the breathalyzer test is presumed to be accurate, in the absence of any evidence to the contrary. Although s. 258(1)(*g*) does not expressly include the words "in the absence of any evidence to the contrary", this phrase is included by implication because of s. 25(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which states as follows:

25. (1) Where an enactment provides that a document is evidence of a fact without anything in the context to indicate that the document is conclusive evidence, then, in any judicial proceedings, the document is admissible in evidence and the fact is deemed to be established in the absence of any evidence to the contrary.

[16] The first presumption of identity is contained in s. 258(1)(*c*). Section 258(1)(*c*) states that in the absence of evidence to the contrary, where breath alcohol samples have been taken in accordance with certain technical requirements, the accused's blood alcohol concentration at the time of the breathalyzer test is presumed to be the same as his blood alcohol concentration at the time of the alleged offence. In *St. Pierre*, this Court considered the statutory presumption in s. 258(1)(*c*) and concluded that in order to rebut the presumption, the accused need only demonstrate that his blood alcohol concentration at the time of driving was different than at the time of the test. Iacobucci J. explained the Court's reasoning in the following manner:

The section clearly does not say that the accused must show that he or she was not over .08 for the presumption not to apply. As stated earlier, the presumed fact deals with presuming blood alcohol levels to be the same at two different times. Evidence to the contrary must therefore be defined in relation to what is being presumed. [para. 46]

Following *St. Pierre*, Parliament enacted s. 258(1)(*d.1*), which effectively overruled the majority decision in that case. Section 258(1)(*d.1*) adds that where the breathalyzer test produces a reading

régime législatif crée « deux présomptions d'identité et une présomption d'exactitude » (*R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, 2005 CSC 72, par. 14).

[15] La présomption d'exactitude est énoncée à l'al. 258(1)*g*). Le certificat dans lequel un technicien indique l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest est présumé exact, sauf preuve contraire. Bien que le terme « sauf preuve contraire » ne figure pas à l'al. 258(1)*g*), il en fait implicitement partie en raison du par. 25(1) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, dont voici le texte :

25. (1) Fait foi de son contenu en justice sauf preuve contraire le document dont un texte prévoit qu'il établit l'existence d'un fait sans toutefois préciser qu'il l'établit de façon concluante.

[16] La première présomption d'identité est contenue à l'al. 258(1)*c*), aux termes duquel l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest est présumée, en l'absence de toute preuve contraire, être identique à son alcoolémie au moment de l'infraction reprochée, pourvu que les échantillons d'haleine aient été prélevés conformément à certaines exigences de nature technique. Dans *St. Pierre*, la Cour a examiné la présomption établie à l'al. 258(1)*c*) et a conclu que, pour la réfuter, l'accusé doit seulement démontrer que son alcoolémie au volant était différente de son alcoolémie au moment de l'alcootest. Le juge Iacobucci a ainsi expliqué le raisonnement de la Cour :

De toute évidence, [la disposition] ne dit pas que, pour que la présomption ne s'applique pas, il doit prouver que son alcoolémie ne dépassait pas 0,08. Je le répète, le fait présumé est que l'alcoolémie à deux moments distincts était identique. L'expression « preuve contraire » doit donc être définie par rapport à ce qui est présumé. [par. 46]

À la suite de l'arrêt *St. Pierre*, le Parlement a adopté l'al. 258(1)*d.1*), qui a eu pour effet de neutraliser la décision majoritaire rendue dans cette affaire. Cette disposition précise que, si l'alcootest indique

above 80 mg, the accused's blood alcohol concentration is presumed to have exceeded 80 mg at the time of the alleged offence, absent evidence "tending to show" that the accused's blood alcohol concentration did not in fact exceed 80 mg. As a result, in order to rebut the statutory presumptions of identity in s. 258(1), an accused whose breathalyzer reading exceeds 80 mg must now show not only that his blood alcohol concentration was different at the time of driving than at the time of the test, but also that his blood alcohol concentration did not exceed 80 mg at the time of the alleged offence.

3.2 *Rebutting the Presumptions*

[17] It is well established that the standard of proof required to rebut the statutory presumptions is reasonable doubt. The expressions "evidence to the contrary" in s. 258(1)(*c*), "any evidence to the contrary" implicit in s. 258(1)(*g*) and "evidence tending to show" in s. 258(1)*d*.1) reflect this same standard. In *Boucher*, the Court emphasized that the burden of proof never shifts to the accused. Rather, "it will be sufficient if, at the conclusion of the case on both sides, the trier of fact has a reasonable doubt" (*Boucher*, at para. 15, citing *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525, at p. 549).

[18] Of course, the crucial factual foundation upon which expert opinion evidence of this kind usually stands or falls is the accused's evidence about the amount of alcohol he or she consumed and the pattern of drinking over the relevant period of time. If this factual basis is not credible and is rejected by the trial judge, the expert opinion evidence about the accused's blood alcohol level at the time of the offence, although relevant and admissible at the time it is proffered, has no probative value and need not be considered by the court in arriving at a verdict. The issue of whether the expert opinion evidence "tends to show" that the accused's blood alcohol level did not exceed 80 mg at the material time only arises if the accused's evidence of consumption is believed.

[19] A review of the previous decisions of this Court demonstrates that Parliament's intention in

une alcoolémie supérieure à 80 mg, l'alcoolémie de l'accusé est présumée être supérieure à 80 mg au moment de l'infraction reprochée, en l'absence de preuve « tendant à démontrer » qu'en fait elle ne dépassait pas 80 mg. Par conséquent, pour réfuter les présomptions d'identité établies par le par. 258(1), l'accusé dont l'alcoolémie indiquée par l'alcootest est supérieure à 80 mg doit désormais démontrer non seulement que son alcoolémie lorsqu'il se trouvait au volant était différente de ce qu'elle était au moment de l'alcootest, mais aussi que son alcoolémie ne dépassait pas 80 mg au moment de l'infraction reprochée.

3.2 *Réfutation des présomptions*

[17] Il est bien établi que la norme de preuve requise pour la réfutation des présomptions légales est celle du doute raisonnable. Les termes « toute preuve contraire » à l'al. 258(1)*c*), « preuve contraire » implicite à l'al. 258(1)*g*) et « preuve tendant à démontrer » à l'al. 258(1)*d*.1) reflètent la même norme. Dans *Boucher*, la Cour a souligné que le fardeau de la preuve ne passe jamais à l'accusé : « il suffit qu'à la fin du procès, le juge du fond ait un doute raisonnable » (*Boucher*, par. 15, citant *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525, p. 549).

[18] Le fondement factuel crucial de la preuve d'expert de ce type repose habituellement, bien entendu, sur le témoignage de l'accusé au sujet de la quantité d'alcool qu'il a consommée et sur le mode de consommation durant la période en cause. Si ce fondement factuel n'est pas crédible et est rejeté par le juge du procès, la preuve d'expert concernant l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction, même si elle est pertinente et admissible lorsqu'elle est présentée, n'a aucune force probante et le tribunal n'a pas à la prendre en considération pour rendre son verdict. La question de savoir si la preuve d'expert « tend à démontrer » que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas 80 mg au moment des faits reprochés se pose uniquement si le témoignage de l'accusé à propos de sa consommation est jugé digne de foi.

[19] L'examen des décisions antérieures de la Cour démontre que l'intention du législateur, lorsqu'il a

enacting this legislation has played a prominent role in determining what kind of evidence is capable of rebutting the presumptions in s. 258(1). In *R. v. Moreau*, [1979] 1 S.C.R. 261, the accused was charged with "over 80" following a breathalyzer test which showed that his blood alcohol concentration was 90 mg. Moreau was convicted, but on appeal by way of a trial *de novo*, he adduced expert evidence that the breathalyzer was subject to a margin of error of 10 mg. The case was appealed to the Court of Appeal and then to this Court, where the majority concluded that expert evidence of the breathalyzer's margin of error could not constitute "evidence to the contrary" for the purposes of s. 258(1)(*c*). Beetz J. provided the following explanation for why such evidence was incapable of rebutting the presumption:

> What evidence there is, tendered on behalf of the accused, is expert evidence from which Courts are asked to conclude, contrary to what the Code explicitly prescribes, that the result of the chemical analysis is not or ought not to be proof of the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed. This, in my opinion, is not evidence aimed at rebutting the presumption provided for in the section but at denying its very existence. "Evidence to the contrary" cannot be evidence solely directed at defeating the scheme established by Parliament under ss. 236 and 237.
>
> This elaborate legislative scheme contemplates and provides for elements of positive certainty such as the official approval of certain kinds of instruments, the designation of analysts and qualified technicians, a maximum time period between the commission of the alleged offence and the taking of a breath sample, and the reading by a qualified technician on an approved instrument of a proportion of alcohol in the blood in excess of a specified proportion. Once the conditions prescribed or contemplated by this scheme are fulfilled, a presumption arises against the alleged offender which he can rebut by tendering "evidence to the contrary". But in my opinion, no evidence is "evidence to the contrary" when its only effect is to demonstrate in general terms the possible uncertainty of the elements of the scheme or the inherent fallibility of instruments which are approved under statutory authority. Thus, the proof by expert evidence that, for physiological reasons of a general nature, the maximum time period of two hours between the commission of an offence and the taking of a breath sample is too long would not be "evidence to the contrary". [Emphasis added; pp. 271-72.]

adopté ces dispositions, a joué un rôle important dans la détermination du type de preuve capable de réfuter les présomptions établies par le par. 258(1). Dans *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261, l'accusé avait été inculpé d'avoir conduit un véhicule avec une alcoolémie « supérieure à 80 », par suite d'un alcootest indiquant une alcoolémie de 90 mg. M. Moreau a été déclaré coupable, mais lors d'un appel par voie de procès *de novo*, il a fait témoigner un expert selon lequel l'alcootest était sujet à une marge d'erreur de 10 mg. Appel a ensuite été interjeté devant la Cour d'appel, puis devant la Cour suprême, qui a conclu, à la majorité, que la preuve d'expert relative à la marge d'erreur de l'alcootest ne pouvait pas constituer une « preuve contraire » pour l'application de l'al. 258(1)*c*). Le juge Beetz a expliqué pourquoi cette preuve ne pouvait réfuter la présomption :

> La seule preuve soumise au nom de l'accusé sur ce point est le témoignage d'un expert sur lequel on se fonde pour demander aux tribunaux de conclure, en contradiction avec les dispositions expresses du Code, que le résultat de l'analyse chimique ne fait pas, ni ne devrait faire, preuve du taux d'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction alléguée. À mon avis, cette preuve ne vise pas à réfuter la présomption établie par l'article du Code, elle veut en nier l'existence même. La « preuve contraire » ne peut être une preuve dont le seul but est de contourner le système établi par le Parlement aux art. 236 et 237.
>
> Le système complexe établi par ces dispositions envisage et prévoit des éléments certains, comme l'approbation officielle de certains types d'instruments, la désignation d'analystes et de techniciens qualifiés, un délai maximum pour prélever un échantillon d'haleine après l'infraction alléguée et la mesure, par un technicien qualifié utilisant un instrument approuvé, d'un taux d'alcoolémie excédant un chiffre donné. Le fait de satisfaire aux conditions fixées par ce système fait naître une présomption contre le prévenu, qu'il peut réfuter par une « preuve contraire ». Mais, à mon avis, une preuve dont le seul effet est de démontrer en termes généraux l'imprécision possible des éléments du système ou la faillibilité inhérente d'instruments approuvés par la loi, n'est pas une « preuve contraire ». Ainsi, la preuve d'expert que, pour des raisons physiologiques générales, le délai maximum de deux heures entre l'infraction et le prélèvement d'un échantillon d'haleine est trop long, ne constituerait pas une « preuve contraire ». [Je souligne; p. 271-272.]

[20] In *St. Pierre*, Iacobucci J. made a similar finding with respect to s. 258(1)(*c*). In that case, the accused consumed two small bottles of vodka between the time she was stopped by police and when the breathalyzer test was administered. The Court concluded that this evidence was sufficient to rebut the presumption of identity. In limiting what could constitute "evidence to the contrary", however, Iacobucci J. noted that evidence of the "normal process of absorption and elimination" could not be "evidence to the contrary". Otherwise, "the presumption would be useless, since it could always be rebutted". He further explained:

> The effect of normal biological processes of absorption and elimination of alcohol cannot of and by itself constitute "evidence to the contrary", because Parliament can be assumed to have known that blood alcohol levels constantly change, yet it saw fit to implement the presumption. Therefore, as Arbour J.A. states [in the Court of Appeal below], to permit this to become "evidence to the contrary" would, in effect, be nothing more than an attack on the presumption itself by showing that it is a legal fiction and therefore should never be applied. In my view, such an attack on the presumption should not be allowed. [Emphasis added; para. 61.]

[21] These excerpts are instructive on the question that occupies us concerning the effect of straddle evidence. The evidence referred to in *Moreau* and at para. 61 of *St. Pierre* was not probative of the blood alcohol level of the particular accused, but was instead an attack on the presumptions themselves. In both cases, this Court concluded that it did not advance the accused's case to show that the presumptions were legal fictions, since this was self-evident.

[22] The determinative question in these cases, therefore, is whether straddle evidence is truly evidence which "tends to show" that the accused's blood alcohol level did not exceed 80 mg at the time of driving, or whether it is evidence akin to that referred to in *Moreau* and *St. Pierre* which, in effect, merely attacks the presumption itself.

[20] Dans *St. Pierre*, le juge Iacobucci est arrivé à une conclusion analogue à propos de l'al. 258(1)*c*). L'accusée avait consommé deux petites bouteilles de vodka entre le moment où elle avait été interpellée par la police et celui de l'alcootest. La Cour a jugé cet élément de preuve suffisant pour réfuter la présomption d'identité. Mais en fixant les limites de ce qui pourrait constituer une « preuve contraire », le juge Iacobucci a signalé que la preuve du « processus normal d'absorption et d'élimination » ne pouvait pas être une « preuve contraire ». Sinon, « la présomption serait inutile, car elle pourrait être réfutée dans tous les cas ». Il a ajouté :

> L'effet du processus biologique normal de la transformation de l'alcool par le métabolisme ne saurait en soi constituer une « preuve contraire », parce qu'il faut présumer que le législateur savait que l'alcoolémie variait continuellement et qu'il a néanmoins jugé bon d'établir cette présomption. Par conséquent, comme le dit le juge Arbour [de la Cour d'appel,] ériger cela en « preuve contraire » équivaudrait tout au plus à attaquer la présomption elle-même en démontrant qu'elle n'est qu'une fiction juridique et qu'elle ne devrait jamais être appliquée. À mon avis, une telle attaque contre la présomption ne doit pas être admise. [Je souligne; par. 61.]

[21] Ces extraits sont instructifs à l'égard de la question qui nous intéresse, soit l'effet de la preuve de chevauchement. La preuve dont il est question dans *Moreau* et au par. 61 de *St. Pierre* n'a pas un caractère probant quant à l'alcoolémie de l'accusé; elle constitue plutôt une attaque contre les présomptions elles-mêmes. Or, dans les deux causes, la Cour a conclu qu'il ne servait à rien, pour la défense de l'accusé, de démontrer que les présomptions étaient des fictions juridiques, puisque cela était évident.

[22] Dans les présents pourvois, il s'agit donc essentiellement de savoir si la preuve de chevauchement est véritablement une preuve « tendant à démontrer » que l'alcoolémie de l'accusé au moment où il se trouvait au volant ne dépassait pas 80 mg, ou plutôt une preuve qui s'apparente à celles dont il est question dans *Moreau* et *St. Pierre* et qui, en fait, constitue simplement une remise en cause de la présomption elle-même.

3.3 *Three Approaches to Straddle Evidence*

[23] Three main approaches to straddle evidence have developed in the case law. These different approaches were discussed by the courts below, most effectively and succinctly by Tufts J., the trial judge who presided over Mr. Gibson's trial ((2004), 225 N.S.R. (2d) 16, 2004 NSPC 40). The three lines of analyses are the following.

[24] One approach to straddle evidence may be called the *Heideman* line of analysis, based on the Court of Appeal for Ontario's decision in *R. v. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542. In *Heideman*, a toxicologist gave evidence that an average person of the accused's height and weight who consumed alcohol in the same manner as the accused would have had a blood alcohol concentration of 71 mg at the time of driving. However, if the accused was a slow or a fast eliminator, his blood alcohol concentration could have fallen between 47 and 95 mg. The defence argued that the accused should be acquitted because it was more likely than not that his blood alcohol concentration was below 80 mg at the relevant time. Carthy J.A. (Abella and MacPherson JJ.A. concurring) rejected this argument and held that straddle evidence can never rebut the presumption in s. 258(1)(*d.*1). Rather, the entire range of hypothetical values must fall below 80 mg for the presumption to be set aside. The court reasoned as follows:

> Parliament must be taken to know that the body eliminates alcohol over time and that different persons eliminate at different rates. In applying the test levels to an offence time up to two hours earlier Parliament has built the elimination factor into the choice of 80 milligrams as a standard and, in doing so, has treated all drivers as one. In other words, Parliament may have inserted into the formula a slower than average elimination rate and, as a balance, a higher offence level than might otherwise have been imposed.

3.3 *Trois façons d'aborder la preuve de chevauchement*

[23] Trois grandes approches ont été élaborées dans la jurisprudence relativement à la preuve de chevauchement. Les juridictions inférieures les ont étudiées dans le cadre des présentes affaires; l'examen le plus efficace et le plus succinct est celui du juge Tufts, qui présidait le procès de M. Gibson ((2004), 225 N.S.R. (2d) 16, 2004 NSPC 40). Voici les trois modes d'analyse.

[24] La première approche pourrait être appelée mode d'analyse *Heideman*, car elle est fondée sur l'arrêt *R. c. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542, de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans *Heideman*, un toxicologue a témoigné que l'alcoolémie d'une personne moyenne de la taille et du poids de l'accusé ayant consommé de l'alcool de la même façon que celui-ci se serait établie à 71 mg au moment où il se trouvait au volant. Toutefois, selon que l'organisme de l'accusé éliminait l'alcool rapidement ou lentement, son alcoolémie aurait pu se situer entre 47 et 95 mg. La défense faisait valoir que l'accusé devait être acquitté parce que, selon toute vraisemblance, son alcoolémie était inférieure à 80 mg au moment pertinent. Le juge Carthy (aux motifs duquel ont souscrit les juges Abella et MacPherson) a rejeté cet argument, déclarant que la preuve de chevauchement ne saurait en aucun cas réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1). Il faut que l'ensemble de la fourchette des valeurs hypothétiques soit inférieur à 80 mg pour que la présomption puisse être écartée. Voici le raisonnement de la cour :

> [TRADUCTION] Il faut présumer que le législateur sait que le corps élimine l'alcool au fil du temps et que le taux d'élimination n'est pas le même chez tout le monde. En attribuant les niveaux de l'alcootest à un moment où l'infraction aurait été commise et qui peut se situer jusqu'à deux heures auparavant, le législateur a intégré le facteur d'élimination dans le choix de la norme de 80 mg et, ce faisant, il a traité tous les conducteurs comme s'ils ne faisaient qu'un. En d'autres mots, le législateur a peut-être inséré dans la formule un taux d'élimination plus lent que la moyenne et, en contrepartie, un seuil d'infraction plus élevé que celui qui aurait autrement pu être imposé.

These contextual considerations lead me to conclude that "tending to show" does not mean evidence "bearing on the subject", or evidence that "could show". On the other hand, it need not be persuasive. The guilt or innocent stage has not been reached. However, the evidence must be probative of the issue before the court; that is, probative of the level of alcohol in this person's blood at the time of the offence. The opinion must offer a choice to acceptance of the certificate as indicating the blood level at the time of the offence, and must indicate that the level was below .08.

The expert evidence in *Carter* showed that the accused was below .08, if his evidence was accepted, because the same opinion would apply to all persons of his height and weight drinking the amounts stated over the same period of time. The evidence in this case does not exonerate all persons — only those who are not slow eliminators. It is therefore not probative of this appellant's blood level at the time of the offence.

The appellant seeks to say that he is an average person but cannot establish that fact. Absorption and elimination rates vary not only from person to person but also from time to time with each individual. Thus this element of fact cannot be established. Yet it is as essential to the opinion as the number of drinks consumed, as evidenced by the range from 71 to 95 milligrams within the group of slow eliminators. To put it another way, the opinion is not supported by the evidence any more than if the appellant had said that he's not sure how many drinks he had consumed but on average it was five and sometimes seven. The only probative opinion would have to relate to seven drinks. [paras. 12-15]

[25] The *Heideman* approach has been followed by the courts in Ontario and by the summary conviction appeal court in Manitoba in *R. v. Noros-Adams* (2003), 175 Man. R. (2d) 68, 2003 MBQB 130. The Alberta Court of Appeal expressly endorsed the *Heideman* approach in Mr. MacDonald's case, stating that to conclude otherwise "flies directly in the face of the obvious legislative intent of the presumptions" ((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 177, at para. 55). O'Brien J.A. explained as follows:

Ces considérations d'ordre contextuel m'amènent à conclure que le terme « tendant à démontrer » ne signifie pas une preuve « touchant le sujet » ou une preuve « capable de démontrer ». En revanche, la preuve n'a pas à être convaincante. On n'en est pas encore au stade de la culpabilité ou de l'innocence. La preuve doit cependant être probante quant à la question devant être tranchée par le tribunal; c'est-à-dire qu'elle doit être probante à l'égard du taux d'alcool dans le sang de la personne au moment de l'infraction. L'opinion doit offrir un autre choix que l'acceptation du certificat comme indication de l'alcoolémie au moment de l'infraction et doit indiquer que l'alcoolémie était inférieure à 0,08.

La preuve d'expert dans *Carter* montrait que l'alcoolémie de l'accusé était inférieure à 0,08, si l'on acceptait le témoignage de l'expert, parce que la même opinion s'appliquerait à toute personne de sa taille et de son poids qui boirait les quantités déclarées pendant le même laps de temps. En l'espèce, la preuve exonère non pas toutes les personnes, mais seulement celles dont l'organisme n'élimine pas lentement l'alcool. Elle n'a donc aucune force probante quant à l'alcoolémie de l'appelant au moment de l'infraction.

L'appelant cherche à faire valoir qu'il est une personne moyenne, mais il est incapable de le prouver. Les taux d'absorption et d'élimination varient non seulement d'une personne à l'autre, mais également d'un moment à l'autre chez le même individu. Cet élément de fait ne peut donc être établi. Il est pourtant aussi essentiel à l'opinion d'expert que le nombre de verres consommés, comme en témoigne la fourchette de 71 à 95 mg dans le groupe de personnes dont l'organisme élimine l'alcool lentement. Autrement dit, l'opinion ne trouve pas plus appui dans le témoignage que si l'appelant avait déclaré ne pas être certain du nombre de verres qu'il avait bus, mais qu'en moyenne c'étaient cinq verres et parfois sept. La seule opinion probante devrait se rapporter à sept verres. [par. 12-15]

[25] Le mode d'analyse *Heideman* a été suivi par les tribunaux ontariens et par la cour d'appel en matière de poursuites sommaires du Manitoba dans *R. c. Noros-Adams* (2003), 175 Man. R. (2d) 68, 2003 MBQB 130. La Cour d'appel de l'Alberta l'a expressément approuvé dans la cause de M. MacDonald, disant qu'arriver à la conclusion contraire, ce serait [TRADUCTION] « carrément faire fi de l'évidente intention législative à laquelle répondent les présomptions » ((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 177, par. 55). Le juge O'Brien a donné les explications suivantes :

The offence created by s. 253(b) is not the quantity of alcohol consumed, but rather is the consumption resulting in an alcohol concentration exceeding 80 mg in 100 ml. The section applies equally to slow absorbers and eliminators and to fast absorbers and eliminators. In my view, the presumptions are legislated to avoid arguments based upon whether an accused is a fast or slow absorber and eliminator and the presumption of accuracy is not rebutted by demonstrating a range of possible alcohol levels, giving rise to conjecture as to whether or not the blood alcohol content was within the legal limit at the material time. Conjecture does not tend to show anything. Something more is needed to rebut the statutory presumption of the accuracy of the breathalyzer. [Emphasis added; para. 58.]

[TRADUCTION] L'infraction créée par l'al. 253*b*) ne consiste pas dans la quantité d'alcool consommée, mais dans la consommation d'alcool ayant pour résultat une alcoolémie supérieure à 80 mg par 100 ml. Cette disposition s'applique de la même façon à ceux dont l'organisme absorbe et élimine l'alcool lentement qu'à ceux dont l'organisme l'absorbe et l'élimine rapidement. À mon avis, les présomptions ont été inscrites dans la loi pour éviter que l'accusé puisse faire valoir que son organisme absorbe et élimine lentement ou rapidement l'alcool, et la présomption d'exactitude n'est pas neutralisée si l'on démontre qu'il existe une fourchette d'alcoolémies possibles, soulevant ainsi des conjectures quant à la question de savoir si l'alcoolémie se situait dans la limite légale au moment des faits reprochés. Les conjectures ne tendent pas à démontrer quoi que ce soit. La réfutation de la présomption d'exactitude de l'alcootest établie dans la loi exige davantage. [Je souligne; par. 58.]

[26] The Nova Scotia Court of Appeal expressly declined to address the straddle evidence issue in Mr. Gibson's case, preferring to base its conclusion on certain passages from this Court's decision in *Boucher*. On this point, I agree with LeBel J. (at para. 62) that these appeals are distinguishable from *Boucher* and I have nothing to add to the clarification provided by my colleague. I find it interesting to note however, that the Nova Scotia Court of Appeal expressed the view that the passages from *Boucher*, upon which it founded its conclusion that the expert opinion evidence did not rebut the presumption in Mr. Gibson's case, "echo the Ontario Court of Appeal's view in *Heideman*" ((2006), 243 N.S.R. (2d) 325, 2006 NSCA 51, at para. 20).

[26] Dans la cause de M. Gibson, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a expressément refusé de considérer la preuve de chevauchement, préférant fonder ses conclusions sur certains passages de la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Boucher*. Sur ce point, j'estime comme le juge LeBel (par. 62) qu'on peut faire une distinction entre les présents pourvois et l'affaire *Boucher* et je n'ai rien à ajouter à la clarification apportée par mon collègue. Il me semble toutefois intéressant de noter que, selon la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, les passages de *Boucher* sur lesquels elle s'est fondée pour conclure que la preuve d'expert ne réfutait pas la présomption dans le cas de M. Gibson [TRADUCTION] « répondent au point de vue de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Heideman* » ((2006), 243 N.S.R. (2d) 325, 2006 NSCA 51, par. 20).

[27] Another line of cases have adopted what could be called the "prevailing direction" approach. Under this approach, courts have accepted that straddle evidence can rebut the statutory presumption if the accused's range of possible blood alcohol concentrations is more below the legal limit than above. This is essentially the approach adopted by Deschamps J. in her reasons. It was also adopted by the Alberta Provincial Court in *R. v. Gaynor* (2000), 272 A.R. 108, 2000 ABPC 104. In *Gaynor*, Davie Prov. Ct. J. consulted dictionaries to determine the ordinary meaning of "tend" in the phrase "evidence tending to show" in s. 258(1)(*d*.1) of the

[27] Dans d'autres décisions, c'est le mode d'analyse qu'on pourrait appeler l'approche de l'« orientation dominante » qui a été retenu. Les tribunaux y ont reconnu que la preuve de chevauchement peut réfuter la présomption légale si la fourchette des valeurs possibles de l'alcoolémie de l'accusé se situe davantage en deçà qu'au delà de la limite légale. C'est essentiellement l'approche que la juge Deschamps a adoptée dans ses motifs. C'est aussi celle adoptée par la Cour provinciale de l'Alberta dans *R. c. Gaynor* (2000), 272 A.R. 108, 2000 ABPC 104. Dans *Gaynor*, le juge Davie a consulté des dictionnaires pour déterminer le sens ordinaire

Criminal Code. He concluded that "tend" meant "having a prevailing direction" or "to have a leaning". He then considered these definitions in the context of straddle evidence (at para. 38):

> [I]n straddle cases such as the case at bar, it is not any straddle evidence which will disarm the presumption. One cannot point to any particular part of the range of possibilities to constitute evidence to the contrary. One must look at the evidence; that is, the whole range of possible readings and ask:
>
> > Does the range of possibilities have a leaning or prevailing direction which makes it clear that the accused's blood-alcohol level was not over .08? If it does, or if the Court is left with a reasonable doubt on the issue, then the evidence amounts to "evidence to the contrary" and the presumption is disarmed.

[28] The "prevailing direction" approach has also been adopted by other trial courts in Alberta and Prince Edward Island, and was the approach taken by the trial judge in Mr. MacDonald's case. Kirkpatrick Prov. Ct. J. noted that the midpoint of the range of possible blood alcohol concentrations provided by the expert was above the legal limit at 86.5 mg. Adopting the prevailing direction approach as explained in *Gaynor*, Kirkpatrick Prov. Ct. J. concluded that the expert evidence did not "tend to show" that the accused's blood alcohol level was below the legal limit at the time of driving (2003 CarswellAlta 1986).

[29] On my reading of LeBel J.'s analysis, the approach he adopts is somewhat akin to the prevailing direction approach in that it allows straddle evidence to disarm the presumption at the imprecise point when the court finds it sufficiently probative to raise a reasonable doubt. I find nothing offensive in principle with the notion that a reasonable doubt admits of no precise boundaries, but I raise the following query: if indeed straddle evidence does not fly in the face of the legislative regime and

du verbe « *tend* » dans l'expression « *evidence tending to show* » (« preuve tendant à démontrer ») à l'al. 258(1)*d.1*) du *Code criminel*. Il a conclu qu'il signifie [TRADUCTION] « avoir une orientation dominante » ou « avoir une tendance », pour ensuite examiner ces définitions dans le contexte de la preuve de chevauchement (par. 38) :

> [TRADUCTION] [D]ans les causes comme celle-ci, où il y a en preuve une fourchette alcoolémique s'étendant de part et d'autre de la limite légale, la présomption ne saurait être neutralisée par aucune preuve de cette nature. Il est impossible de choisir un point particulier de la fourchette de valeurs possibles pour en faire une preuve contraire. Il faut examiner la preuve, à savoir l'ensemble de la fourchette de valeurs possibles, et se demander :
>
> > Est-ce que la fourchette de valeurs possibles présente une tendance ou une orientation dominante qui indique clairement que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas 0,08? Dans l'affirmative, ou si le tribunal conserve un doute raisonnable à cet égard, la preuve équivaut à une « preuve contraire » et la présomption est neutralisée.

[28] L'approche de l'« orientation dominante » a aussi été retenue par d'autres tribunaux de première instance en Alberta et à l'Île-du-Prince-Édouard. Elle a également été adoptée par le juge de première instance dans la cause de M. MacDonald. Le juge Kirkpatrick a fait remarquer que le point milieu de la fourchette d'alcoolémies possibles citée par l'expert se situait au-dessus de la limite légale, à 86,5 mg. Adoptant l'approche de l'orientation dominante exposée dans *Gaynor*, le juge Kirkpatrick a conclu que la preuve d'expert ne « tendait pas à démontrer » que l'alcoolémie de l'accusé lorsqu'il était au volant était inférieure à la limite légale (2003 CarswellAlta 1986).

[29] Si je comprends bien l'analyse du juge LeBel, l'approche qu'il adopte s'apparente dans une certaine mesure à celle de l'orientation dominante, en ce sens que la preuve de chevauchement pourrait neutraliser la présomption à un moment imprécis où le tribunal la juge suffisamment probante pour soulever un doute raisonnable. Je ne vois rien d'offensant, en principe, dans la théorie qu'un doute raisonnable n'admet pas de limites précises, mais je pose la question suivante : si effectivement la

is capable of rebutting the presumption, why would evidence that Mr. Gibson's blood alcohol concentration may have been as low as 40 mg and Mr. MacDonald's as low as 64 mg not suffice to raise a reasonable doubt? Indeed, under the third approach developed in the case law, which I describe next, this evidence, if accepted by the trial court, would effectively rebut the presumption.

[30] The third approach to straddle evidence, which could be called the "some evidence" approach, was suggested by L'Heureux-Dubé J., writing in dissent in *St. Pierre*. To rebut the statutory presumption under the "some evidence" approach, it is sufficient for the accused to point to evidence which tends to show that his blood alcohol concentration could have been below 80 mg at the time of the alleged offence. As L'Heureux-Dubé J. explained:

> In the context of an "over 80" charge, it will be necessary for the accused to point to credible evidence which tends to show that his blood alcohol level could have been under the legal limit. This evidence will typically take the form of expert evidence to the effect that the alcohol consumed after driving (or immediately before embarking) would generally affect a person of the accused's sex, height and body weight within a certain range of values. Thus, for instance, an accused may adduce expert evidence indicating that when the effect of alcohol allegedly consumed after driving is subtracted from the actual blood alcohol reading on the breathalyzer, it would bring the accused's blood alcohol level to anywhere between 70 and 120 mg of alcohol per 100 ml of blood. This evidence would amount to "evidence to the contrary" of the presumption in s. 258(1)(*c*), and the Crown would no longer be able to rely on that presumption to prove its case against the accused. There is no need for the accused to demonstrate that his blood alcohol level is actually below .08. He need only adduce credible evidence tending to show that this is possible under the circumstances. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 103.]

This approach was adopted by the Saskatchewan Court of Appeal in *Gibson* and the Quebec Court of Appeal in *R. v. Déry*, [2001] Q.J. No. 3205 (QL).

preuve de chevauchement ne fait pas fi du régime législatif et est capable de réfuter la présomption, pourquoi la preuve que l'alcoolémie de M. Gibson pouvait être aussi peu élevée que 40 mg et celle de M. MacDonald aussi peu élevée que 64 mg ne suffirait-elle pas à soulever un doute raisonnable? D'ailleurs, selon la troisième approche élaborée dans la jurisprudence, que je vais maintenant exposer, cette preuve, si elle était acceptée par le tribunal de première instance, réfuterait effectivement la présomption.

[30] La troisième approche en ce qui concerne la preuve de chevauchement, qu'on pourrait appeler « approche fondée sur la présence de quelque élément de preuve », a été proposée par la juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs dissidents dans *St. Pierre*. Pour réfuter la présomption établie par la loi, il suffirait selon cette approche que l'accusé présente une preuve tendant à démontrer que son alcoolémie aurait pu être inférieure à 80 mg au moment de l'infraction reprochée. Voici les explications de la juge L'Heureux-Dubé :

> Dans le cadre d'une accusation de conduite avec une alcoolémie de « plus de 80 mg », l'accusé devra présenter une preuve crédible qui tende à démontrer que son alcoolémie aurait pu être sous la limite prévue par la loi. Cette preuve prend typiquement la forme d'un témoignage d'expert suivant lequel l'alcool absorbé après avoir conduit le véhicule (ou immédiatement avant d'y monter) aurait généralement, sur une personne du sexe, de la taille et du poids de l'accusé, un effet situé entre certains paramètres. Ainsi, par exemple, l'accusé peut présenter le témoignage d'un expert indiquant qu'en soustrayant l'effet de l'alcool qui aurait été absorbé postérieurement à la conduite du résultat réel de l'alcootest, on obtiendrait une alcoolémie se situant entre 70 et 120 mg d'alcool par 100 ml de sang. Ce témoignage équivaudrait à une « preuve contraire » à la présomption de l'al. 258(1)*c*), et il ne serait plus loisible au ministère public de se fonder sur cette présomption pour établir sa preuve contre l'accusé. L'accusé n'a pas à établir que son alcoolémie est véritablement inférieure à 0,08. Il n'a qu'à présenter une preuve crédible tendant à démontrer que cela est possible dans les circonstances. [Je souligne; soulignement dans l'original omis; par. 103.]

Cette approche a été adoptée par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *Gibson* et par la Cour d'appel du Québec dans *R. c. Déry*, [2001] J.Q.

Under this approach, straddle evidence, when accepted by the trial court, will suffice to rebut the presumption because it provides some evidence that the accused's blood alcohol concentration did not exceed 80 mg at the time of the alleged offence. This is the approach endorsed by the trial judge in Mr. Gibson's case, hence his acquittal at trial (in fact, the trial judge concluded that the statutory presumption was rebutted on either the "prevailing direction" or the "some evidence" approach).

[31] Without question, the "some evidence" approach is the most favourable to the accused and, as such, appears at first blush to be the correct one. However, in my view, when considered in the context of the legislative scheme and the nature of the expert opinion evidence in question, it becomes clear that straddle evidence, in effect, is simply an attack on the presumption itself and that it cannot constitute evidence "tending to show" that the accused's blood alcohol level did not exceed 80 mg at the material time.

[32] As I stated in my introductory remarks, it cannot be disputed that the presumption is a legal fiction and that a breathalyzer reading that exceeds the legal limit may not be reflective of the *actual* concentration of alcohol in the accused's blood at the time of the offence because it always depends on the rate at which the particular accused is metabolizing the alcohol during the relevant time period on the day in question. Yet the offence is clearly made out. The breathalyzer test provides legal proof that the accused "consumed alcohol in such a quantity" that it put him or her over 80 mg contrary to s. 253 of the *Criminal Code*. The accused cannot rebut the presumption by relying on inherent variations in absorption and elimination rates. Straddle evidence puts the accused in no better position. Evidence that merely confirms that alcohol was consumed in a sufficient quantity to produce a blood alcohol concentration that exceeds the prescribed limit, *whether or not it be within the same range that could be extrapolated from the*

n° 3205 (QL). Selon cette approche, la preuve de chevauchement, si elle est acceptée par le tribunal de première instance, suffira pour réfuter la présomption parce qu'elle fournit quelque élément de preuve établissant que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas 80 mg au moment de l'infraction reprochée. C'est l'approche retenue par le juge de première instance dans la cause de M. Gibson, d'où l'acquittement prononcé à l'issue du procès (en fait, le juge de première instance a conclu que la présomption légale avait été réfutée selon l'approche de l'« orientation dominante » ou celle fondée sur la présence de « quelque élément de preuve »).

[31] L'approche fondée sur la présence de « quelque élément de preuve » est indiscutablement la plus favorable à l'accusé et, pour cette raison, elle semble à première vue être la bonne. Mais lorsqu'on l'envisage dans le contexte du régime législatif et de la nature de la preuve d'expert en question, il est clair à mon avis que la preuve de chevauchement se réduit en fait à une attaque contre la présomption elle-même et ne peut constituer une preuve « tendant à démontrer » que l'alcoolémie de l'accusé au moment des faits reprochés ne dépassait pas 80 mg.

[32] Comme je l'ai indiqué dans mes remarques introductives, il est incontestable que la présomption est une fiction juridique et que l'indication par l'alcootest d'une alcoolémie supérieure à la limite légale ne correspond pas nécessairement à l'alcoolémie *réelle* de l'accusé au moment de l'infraction, car l'alcoolémie dépend toujours du taux de métabolisation de l'alcool par l'accusé au moment considéré, le jour en question. L'infraction a néanmoins clairement été établie. L'alcootest est un élément de preuve légal permettant d'établir que l'accusé « a consommé une quantité d'alcool telle » que son alcoolémie a dépassé 80 mg, en violation de l'art. 253 du *Code criminel*. L'accusé ne peut réfuter la présomption en se fondant sur les variations inhérentes des taux d'absorption et d'élimination. La preuve de chevauchement ne lui est pas davantage utile. La preuve confirmant simplement qu'il a consommé une quantité suffisante d'alcool pour afficher une alcoolémie dépassant la limite prescrite, *qu'elle se situe ou non dans la même fourchette qui pourrait*

breathalyzer reading, cannot rebut the presumption under s. 258(1)(*d.*1). When considered in this sense, straddle evidence, in effect, is tantamount to arguing, for example, that the accused should not be convicted because he or she only drank a sufficient quantity of alcohol to reach a 90-mg concentration rather than a 95-mg concentration as recorded by the breathalyzer. Parliament, by creating this offence, clearly regarded driving with this level of consumption as posing sufficient risk to warrant criminalization. To hold otherwise would be to defeat the presumption itself and it cannot be allowed.

4. Disposition

[33] Therefore, in each case before the Court, the expert opinion evidence, in placing the accused's blood alcohol concentration both above and below the legal limit at the time of driving depending on the accused's actual rate of absorption and elimination on the day in question, did no more than confirm that the accused fell within the category of drivers targeted by Parliament and did *not* rebut the statutory presumption under s. 258(1)(*d.*1) of the *Criminal Code*. Consequently, I would dismiss Mr. Gibson's appeal and confirm the order for a new trial. I would also dismiss Mr. MacDonald's appeal and uphold his conviction.

The reasons of McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. were delivered by

[34] LeBel J. — These appeals raise the question of what constitutes evidence to the contrary for the purpose of rebutting the presumption in s. 258(1)(*d.*1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. That provision states that, absent evidence to the contrary, a breathalyzer reading over 80 mg of alcohol in 100 ml of blood is proof that the accused had a blood alcohol content exceeding 80 mg at the time of the offence. This Court has been asked to decide in particular whether the presumption can be rebutted using expert evidence of alcohol elimination rates in the general population and "straddle

être extrapolée à partir du résultat de l'alcootest, ne permet pas de réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1). Envisagée sous cet angle, la preuve de chevauchement équivaut en fait à soutenir, par exemple, que l'accusé ne devrait pas être déclaré coupable parce qu'il a seulement bu une quantité d'alcool suffisante pour atteindre une alcoolémie de 90 mg plutôt que l'alcoolémie de 95 mg indiquée par l'alcootest. Le législateur, en créant cette infraction, a manifestement considéré que la conduite avec ce niveau de consommation posait un risque suffisant pour être érigée en infraction criminelle. Une conclusion contraire priverait de tout effet la présomption elle-même, ce qu'on ne saurait permettre.

4. Dispositif

[33] Par conséquent, dans chacune des causes dont la Cour est saisie, la preuve d'expert, en situant à la fois au-dessus et en dessous de la limite légale l'alcoolémie de l'accusé lorsqu'il était au volant, selon ses taux réels d'absorption et d'élimination de l'alcool le jour en question, ne fait que confirmer que l'accusé faisait partie de la catégorie des conducteurs visés par le législateur et *ne* permet *pas* de réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1) du *Code criminel*. Par conséquent, je rejette le pourvoi de M. Gibson et je confirme l'ordonnance relative à la tenue d'un nouveau procès. Je rejette également le pourvoi de M. MacDonald et je confirme la déclaration de culpabilité prononcée contre lui.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel et Fish rendus par

[34] Le juge LeBel — La Cour doit déterminer ce qui constitue une preuve contraire pour la réfutation de la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Selon cette disposition, l'indication par l'alcootest d'une alcoolémie supérieure à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, d'une alcoolémie dépassant 80 mg au moment de l'infraction. La Cour doit plus précisément décider si une preuve d'expert concernant les taux d'élimination de l'alcool observés dans la population générale et la preuve relative à

evidence", or evidence of a range of possible blood alcohol levels lying both below and above the legal limit. For the reasons that follow, both expert evidence of alcohol elimination rates in the general population and straddle evidence can be relevant and are therefore not inherently inadmissible for the purpose of rebutting the presumption in question. However, the probative value of such evidence will often be so low, as is the case in these two appeals, that it is not sufficient to rebut the presumption in s. 258(1)(*d.*1). Both appeals are dismissed on this basis.

I. Facts and Judgments Below

A. *Gibson*

[35] Mr. Gibson was charged with operating a vehicle while having over 80 mg, contrary to s. 253(*b*) of the *Criminal Code*. At trial in the Nova Scotia Provincial Court, the arresting officer testified that he saw Mr. Gibson driving his all-terrain vehicle on the highway, that he stopped him at 8:59 p.m. on July 13, 2003, that Mr. Gibson's breath smelled of alcohol, and that his speech was slurred. The officer administered two breathalyzer tests, which indicated that Mr. Gibson's blood alcohol content was 120 mg at 10:12 p.m. and 100 mg at 10:21 p.m.

[36] Mr. Gibson testified that he had consumed ten beers over a period of seven hours on the day in question and had consumed five of them shortly before being stopped by the police. His testimony was corroborated by another witness. An expert witness for the defence testified that, assuming that the pattern of consumption attested to by Mr. Gibson and the corroborating witness was accurate and based on the average alcohol elimination rates of men of Mr. Gibson's age, height and weight, Mr. Gibson would have had a blood alcohol content of between 40 and 105 mg at 8:59 p.m., when he was stopped by the police.

[37] The trial judge accepted both the evidence of Mr. Gibson's consumption and the expert evidence. He held that the evidence that Mr. Gibson's blood

une fourchette alcoolémique chevauchant la limite légale (la « preuve de chevauchement ») permettent de réfuter cette présomption. Pour les motifs exposés ci-après, ces deux éléments de preuve peuvent se révéler pertinents et ne sont donc pas en soi inadmissibles pour la réfutation de la présomption en question. Mais ils ont souvent si peu de force probante, comme dans les deux présents pourvois, qu'ils ne permettent pas de réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1). Les deux pourvois sont par conséquent rejetés.

I. Les faits et les décisions des juridictions inférieures

A. *Gibson*

[35] M. Gibson a été accusé d'avoir, en violation de l'al. 253*b*) du *Code criminel*, conduit un véhicule avec une alcoolémie supérieure à 80 mg. À son procès devant la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse, l'agent qui a procédé à son arrestation a témoigné qu'il l'avait vu sur l'autoroute au volant de son véhicule tout-terrain, qu'il l'avait arrêté à 20 h 59 le 13 juillet 2003, que son haleine dégageait une odeur d'alcool et qu'il n'arrivait pas à articuler. L'agent lui a fait subir deux alcootests, qui ont indiqué un taux de 120 mg à 22 h 12 et de 100 mg à 22 h 21.

[36] M. Gibson a témoigné avoir consommé dix bières sur une période de sept heures cette journée-là, dont cinq peu avant son interpellation par la police. Un autre témoin a corroboré son témoignage. Un témoin expert cité par la défense a déclaré que, à supposer que le mode de consommation soit celui attesté par M. Gibson et que la déclaration du témoin se révèle exacte, l'alcoolémie de M. Gibson, établie en fonction des taux moyens d'élimination de l'alcool chez des hommes du même âge, de la même taille et du même poids que lui, se serait située entre 40 et 105 mg à 20 h 59, au moment de son interpellation par la police.

[37] Le juge de première instance a accepté à la fois la preuve relative à la consommation de M. Gibson et la preuve d'expert. Il a conclu que la

alcohol content would have been between 40 and 105 mg at the time he last operated the vehicle was evidence to the contrary that rebutted the presumption in s. 258(1)(*d.*1). The trial judge was left with a reasonable doubt that Mr. Gibson's blood alcohol content had exceeded the legal limit, and acquitted him ((2004), 225 N.S.R. (2d) 16, 2004 NSPC 40).

[38] The Nova Scotia Supreme Court upheld the acquittal despite the Crown's submission that expert evidence based on elimination rates in the general population could not constitute evidence to the contrary ((2004), 227 N.S.R. (2d) 165, 2004 NSSC 228). The court held that, since it is practically impossible for an accused to accurately determine his or her elimination rate at the time of the alleged offence, to reject evidence of elimination rates in the general population would amount to making the presumption in s. 258(1)(*d.*1) an irrebuttable one, which could lead to false convictions.

[39] The Nova Scotia Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial ((2006), 243 N.S.R. (2d) 325, 2006 NSCA 51). It cited this Court's decision in *R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, 2005 SCC 72, for the proposition that an expert opinion based on average tendencies of the population is without foundation and thus inadmissible. Therefore, the Court of Appeal held that the Nova Scotia Supreme Court had erred in finding that evidence of a hypothetical person's elimination rates was capable of rebutting the presumption in s. 258(1)(*d.*1).

B. *MacDonald*

[40] Like Mr. Gibson, Mr. MacDonald was charged with operating a vehicle while his blood alcohol concentration exceeded 80 mg, contrary to s. 253(*b*) of the *Criminal Code*. On February 26, 2003, he was stopped at a check stop, where a police officer

preuve selon laquelle l'alcoolémie de M. Gibson se serait située entre 40 et 105 mg la dernière fois qu'il a conduit le véhicule constituait une preuve contraire qui neutralisait la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1). Conservant un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'alcoolémie de M. Gibson dépassait la limite légale, le juge a prononcé l'acquittement ((2004), 225 N.S.R. (2d) 16, 2004 NSPC 40).

[38] La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a confirmé l'acquittement, malgré la thèse du ministère public selon laquelle la preuve d'expert fondée sur les taux d'élimination dans la population générale ne pouvait constituer une preuve contraire ((2004), 227 N.S.R. (2d) 165, 2004 NSSC 228). Elle a estimé que, comme il est pratiquement impossible pour un accusé de déterminer avec exactitude son taux d'élimination au moment de l'infraction reprochée, le fait de rejeter la preuve relative aux taux d'élimination dans la population générale reviendrait à transformer la présomption établie à l'al. 258(1)*d.*1) en une présomption irréfutable, ce qui risquerait de donner lieu à des condamnations erronées.

[39] La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a accueilli l'appel, annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès ((2006), 243 N.S.R. (2d) 325, 2006 NSCA 51). Elle s'est appuyée sur l'arrêt *R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, 2005 CSC 72, pour conclure qu'une preuve d'expert fondée sur des tendances moyennes observées dans la population demeure sans fondement et, par conséquent, inadmissible. Elle a donc jugé que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse avait eu tort de statuer que la preuve des taux d'élimination d'une personne hypothétique pouvait contrer la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1).

B. *MacDonald*

[40] Comme M. Gibson, M. MacDonald a été accusé d'avoir, en violation de l'al. 253*b*) du *Code criminel*, conduit un véhicule avec une alcoolémie supérieure à 80 mg. Le 26 février 2003, il a été arrêté à un point de contrôle, où un agent de police a

noted that Mr. MacDonald smelled of alcohol, was talking in a deliberate manner and had some difficulty in walking. Two breath tests produced identical readings of 146 mg, which were rounded down to 140 mg for purposes of the charge.

[41] Mr. MacDonald testified that he had consumed six cans of beer over four and a half hours and had consumed the last can five minutes before being stopped by the police. A friend corroborated this evidence.

[42] At trial, Mr. MacDonald adduced expert evidence that, according to a test conducted several months after he was charged, his elimination rate was 18.5 mg per hour and that, assuming he had eliminated alcohol at the same rate on the night of the alleged offence, his blood alcohol content would have been 71 mg — below the legal limit — at the relevant time. In testing Mr. MacDonald's elimination rate, the expert did not attempt to recreate the conditions on the night Mr. MacDonald was charged as regards the type and pattern of alcohol consumption and the amount of food consumed. Instead, the expert had Mr. MacDonald drink a mix of Diet Seven-Up and vodka over a period of five minutes until he reached a target range of between 50 and 60 mg. The expert then plotted Mr. MacDonald's blood alcohol readings on a chart. In addition to testifying that Mr. MacDonald's blood alcohol content would have been 71 mg, the expert stated that a man of Mr. MacDonald's age, height and weight who eliminated alcohol at an average rate would have had a blood alcohol content of 64 to 109 mg at the relevant time.

[43] The trial judge convicted Mr. MacDonald on the basis that the expert evidence did not tend to show that his blood alcohol content had not exceeded 80 mg (2003 CarswellAlta 1986). In his opinion, Mr. MacDonald's alcohol elimination rate according to the expert's test did not raise a reasonable doubt, because it did not reflect the type of alcohol or the amount of food consumed, and the expert had testified that these factors would influence a person's elimination rate. The trial judge also noted that, based on elimination rates in the

remarqué qu'il sentait l'alcool, qu'il s'exprimait avec lenteur et que sa démarche était un peu hésitante. Les résultats de deux alcootests révèlent un taux de 146 mg, arrondi à 140 mg pour l'inculpation.

[41] M. MacDonald a témoigné avoir bu six canettes de bière sur une période de quatre heures et demie — la dernière ayant été consommée cinq minutes avant son interpellation par la police. Un ami a corroboré ce témoignage.

[42] Au procès, M. MacDonald a présenté une preuve d'expert indiquant que son taux d'élimination, d'après des tests effectués plusieurs mois après l'inculpation, s'établissait à 18,5 mg par heure. Si tel était son taux d'élimination la nuit de l'infraction reprochée, son alcoolémie aurait été, selon le témoignage de l'expert, de 71 mg — inférieure à la limite légale — au moment pertinent. Lorsqu'il a mesuré le taux d'élimination de M. MacDonald, l'expert n'a pas tenté de recréer les conditions qui existaient la nuit où celui-ci a été inculpé, en ce qui a trait au type d'alcool, au mode de consommation d'alcool et à la quantité de nourriture consommée. Il a plutôt fait boire à M. MacDonald un mélange de Seven-Up diète et de vodka pendant cinq minutes jusqu'à l'atteinte d'une cible se situant entre 50 et 60 mg. Il a ensuite reporté sur un graphique les mesures de l'alcoolémie de M. MacDonald. En plus de déclarer devant le tribunal que l'alcoolémie de M. MacDonald se serait établie à 71 mg, l'expert a précisé que celle d'un homme de l'âge, de la taille et du poids de M. MacDonald ayant un taux moyen d'élimination se serait située entre 64 et 109 mg au moment pertinent.

[43] Le juge de première instance a déclaré M. MacDonald coupable, parce que la preuve d'expert ne tendait pas à démontrer que son alcoolémie ne dépassait pas 80 mg (2003 CarswellAlta 1986). À son avis, le taux d'élimination de M. MacDonald, d'après les tests effectués par l'expert, ne soulevait pas un doute raisonnable, car il ne prenait pas en compte le type d'alcool bu ou la quantité de nourriture consommée, alors que selon le témoignage de l'expert ces éléments influent sur le taux d'élimination. Le juge du procès a également souligné

general population, the midpoint of the range of blood alcohol levels was 86.5 mg, which is over the legal limit.

[44] The Alberta Court of Queen's Bench upheld the conviction for the reason that the "straddle evidence" — that is, evidence of a range of possible blood alcohol levels lying both below and above the legal limit — was speculative and was not probative of Mr. MacDonald's blood alcohol content at the time of the offence ((2004), 47 Alta. L.R. (4th) 242, 2004 ABQB 629). The court added that to rebut the presumptions in s. 258(1)(*c*), (*d*.1) and (*g*), an accused must adduce evidence that would "eliminate a scenario whereby the accused's blood-alcohol level is over 80 [mg] at the time of driving" (para. 37).

[45] The Alberta Court of Appeal agreed, relying in part on *Boucher*. It stated that evidence of blood alcohol content that disregards the personal characteristics of the accused at the time of the alleged offence constitutes an attack on the fictional nature of the presumption and is inadmissible. It therefore also rejected the use of average elimination rates and of straddle evidence — at least to the extent that straddle evidence is based on elimination rates in the general population ((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 177).

II. Analysis

[46] The first issue on these appeals is the admissibility of expert evidence of alcohol elimination rates and the use that can be made of such evidence in rebutting the presumptions in s. 258(1) — and in particular that in s. 258(1)(*d*.1). The second, related issue concerns whether straddle evidence may constitute evidence to the contrary for the purpose of rebutting those presumptions. In addressing these issues, it will be necessary to review the scheme of s. 258(1), the principles concerning the admissibility and relevance of expert evidence in general, and the nature of the expert evidence in question in these appeals.

que le point milieu de la fourchette alcoolémique établie en fonction des taux d'élimination dans la population générale s'élevait à 86,5 mg, dépassant la limite prévue par la loi.

[44] La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a confirmé la déclaration de culpabilité au motif que la preuve de chevauchement était de nature conjecturale et n'établissait pas l'alcoolémie de M. MacDonald au moment de l'infraction ((2004), 47 Alta. L.R. (4th) 242, 2004 ABQB 629). Elle a aussi conclu que, pour réfuter les présomptions établies par les al. 258(1)*c*), *d*.1) et *g*), l'accusé doit présenter une preuve qui [TRADUCTION] « écarte tout scénario où l'alcoolémie de l'accusé au moment où il conduisait se trouvait supérieure à 80 mg » (par. 37).

[45] La Cour d'appel de l'Alberta, se fondant en partie sur *Boucher*, partage cette conclusion. Elle a déclaré qu'une preuve de l'alcoolémie qui ne prend pas en compte les caractéristiques personnelles de l'accusé au moment de l'infraction reprochée porte atteinte à la nature fictive de la présomption et demeure inadmissible. Elle a en conséquence rejeté également l'utilisation de taux moyens d'élimination et de la preuve de chevauchement — du moins dans la mesure où celle-ci est fondée sur les taux d'élimination dans la population générale ((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 177).

II. Analyse

[46] La première question à trancher dans les présents pourvois concerne l'admissibilité d'une preuve d'expert relative aux taux d'élimination et son utilisation possible pour la réfutation des présomptions établies par le par. 258(1) — en particulier l'al. 258(1)*d*.1). La seconde consiste à savoir si la preuve de chevauchement peut constituer une preuve contraire pour la réfutation de ces présomptions. Pour répondre à ces questions, il faudra examiner le régime législatif instauré par le par. 258(1), les principes régissant l'admissibilité et la pertinence de la preuve d'expert en général, ainsi que la nature de la preuve d'expert en cause dans les présents pourvois.

A. *Scheme of Section 258(1)*

(1) Presumptions

[47] In combatting the serious problem of drinking and driving in Canada, the Crown benefits from evidentiary presumptions of accuracy and identity when prosecuting the offences provided for in s. 253 of the *Criminal Code* (operating a motor vehicle while impaired or with a blood alcohol content over 80 mg). These presumptions are set out in s. 258(1)(*c*), (*d*.1) and (*g*) of the *Criminal Code*. Deschamps J. explained the nature of the presumptions in *Boucher*:

> Where samples of an accused's breath have been taken pursuant to a demand made under s. 254(3) *Cr. C.*, Parliament has established separate presumptions in s. 258(1) *Cr. C.* to facilitate proof of the accused's blood alcohol level: two presumptions of identity and one presumption of accuracy. According to the presumption of identity in s. 258(1)(*c*) *Cr. C.*, the accused's blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed is the same as the level at the time of the breathalyzer test. According to s. 258(1)(*d*.1) *Cr. C.*, where the alcohol level exceeds 80 mg at the time of the test, there is a presumption that it also exceeded 80 mg at the time when the offence was alleged to have been committed. The presumption of accuracy in s. 258(1)(*g*) *Cr. C.* establishes *prima facie* that the technician's reading provides an accurate determination of the blood alcohol level at the time of the test. These presumptions have certain similarities, but they remain distinct presumptions. [para. 14]

I will now add a few comments on the purpose and effect of the presumptions.

[48] Under s. 258(1)(*g*), blood alcohol tests are presumed to be accurate, provided that certain procedures are followed. This presumption, as well as the presumption established under s. 258(1)(*c*), was adopted by Parliament after a review of the scientific evidence then available about the reliability of the tests and their fairness to the accused (*R. v. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150 (Ont. C.A.), at pp. 159-63). It is known as the presumption of accuracy.

A. *Le régime législatif instauré par le par. 258(1)*

(1) Les présomptions

[47] Dans la lutte contre le problème grave de l'alcool au volant au Canada, le ministère public bénéficie, en matière de preuve, de présomptions d'exactitude et d'identité dans les poursuites relatives aux infractions prévues à l'art. 253 du *Code criminel* (conduite d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies ou avec une alcoolémie supérieure à 80 mg). Ces présomptions sont énoncées aux al. 258(1)*c*), *d*.1) et *g*) du *Code criminel*. La juge Deschamps a expliqué la nature de ces présomptions dans *Boucher* :

> Dans le cas où des échantillons d'haleine d'un accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du par. 254(3) *C. cr.*, le Parlement a prévu, au par. 258(1) *C. cr.*, des présomptions distinctes pour faciliter la preuve de l'alcoolémie : deux présomptions d'identité et une présomption d'exactitude. Suivant la présomption d'identité énoncée à l'al. 258(1)*c*) *C. cr.*, l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise correspond à son alcoolémie au moment de l'alcootest. Selon l'al. 258(1)*d*.1) *C. cr.*, si le taux d'alcool est supérieur à 80 mg au moment du test, il y a présomption qu'il l'était aussi au moment où l'infraction aurait été commise. La présomption d'exactitude de l'al. 258(1)*g*) *C. cr.* établit *prima facie* que le relevé du technicien fournit une mesure exacte de l'alcoolémie au moment de l'alcootest. Ces présomptions partagent certains points communs, tout en conservant leur caractère distinctif. [par. 14]

J'ajouterai maintenant quelques observations à propos de l'objet et de l'effet de ces présomptions.

[48] Selon l'alinéa 258(1)*g*), les alcootests sont présumés exacts, sous réserve que certaines méthodes soient suivies. Le Parlement a adopté cette présomption et celle établie par l'al. 258(1)*c*) après examen de preuves scientifiques alors disponibles sur la fiabilité des tests et leur équité à l'égard de l'accusé (*R. c. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150 (C.A. Ont.), p. 159-163). C'est pourquoi on parle de présomption d'exactitude. Même s'il n'est pas question de preuve

Although the text of the provision does not mention evidence to the contrary, s. 25 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, states that when a document is presumed to establish a fact, the presumption applies only "in the absence of any evidence to the contrary". The presumption is therefore rebuttable, but s. 258(1)(*g*) is silent as to whether evidence of mere inaccuracy can rebut it. It is now well settled that inaccuracy is not sufficient (see *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791, at para. 48). Rather, evidence to the contrary must tend to show that the blood alcohol content of the accused did not exceed the legal limit at the time of the breathalyzer test. Otherwise, one is only challenging the presumption itself without providing any exculpatory evidence.

[49] Under s. 258(1)(*c*), the blood alcohol content of the accused while he or she was driving is presumed to have been the same as at the time a blood alcohol test was administered, provided that certain procedures were followed and "in the absence of evidence to the contrary". This is often referred to as the presumption of (temporal) identity. Like s. 258(1)(*g*), s. 258(1)(*c*) does not specify whether rebutting the presumption requires evidence that the accused was not over the legal limit or whether evidence of mere difference over time will suffice. In *St. Pierre*, a majority of this Court held that evidence of any difference other than one based only on normal absorption and elimination might constitute evidence to the contrary for the purpose of rebutting s. 258(1)(*c*).

[50] Shortly after this Court's decision in *St. Pierre*, Parliament enacted s. 258(1)(*d.1*), which establishes the presumption that, in the absence of evidence tending to show that the accused had a blood alcohol content of 80 mg or less while driving, a blood alcohol analysis indicating a result of over 80 mg is proof that the accused had a blood alcohol content of over 80 mg while driving. The presumption provided for in s. 258(1)(*d.1*) has been referred to as an "additional" presumption of identity, but its effect is not simply to resolve the concerns raised in *St. Pierre* (although it does do that, as Deschamps J. noted in *Boucher*). Rather, it applies regardless of whether the accused is challenging the accuracy of the blood alcohol test or the presumption of identity.

contraire dans le texte de cette disposition, l'art. 25 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, précise que, lorsqu'un document est présumé établir un fait, cette présomption s'applique seulement « sauf preuve contraire ». La présomption établie par l'al. 258(1)*g*) est donc réfutable, mais la disposition ne précise pas si la preuve d'une simple inexactitude peut réfuter la présomption. Il est maintenant bien établi qu'une inexactitude ne suffit pas (voir *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791, par. 48). La preuve contraire doit plutôt tendre à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas la limite légale au moment de l'alcootest. Sinon, on se trouve à seulement contester la présomption elle-même sans fournir de preuve disculpatoire.

[49] L'alinéa 258(1)*c*) dispose que l'alcoolémie au volant est présumée identique à l'alcoolémie au moment de l'alcootest, pourvu que certaines méthodes aient été suivies et « en l'absence de toute preuve contraire ». On parle souvent, dans ce cas, de présomption d'identité (temporelle). Comme celui de l'al. 258(1)*g*), le texte de l'al. 258(1)*c*) ne précise pas si, pour réfuter la présomption, il faut prouver que son alcoolémie ne dépassait pas la limite légale, ou si la preuve d'une simple différence observée dans le temps suffit. Dans *St. Pierre*, la Cour, à la majorité, a conclu que la preuve d'une différence, quelle qu'elle soit — sauf si elle est due uniquement à l'absorption et à l'élimination normales —, pouvait constituer une preuve contraire pour la réfutation de l'al. 258(1)*c*).

[50] Peu après l'arrêt *St. Pierre*, le Parlement a adopté l'al. 258(1)*d.1*), qui établit la présomption selon laquelle, en l'absence de preuve tendant à indiquer une alcoolémie au volant égale ou inférieure à 80 mg, une analyse indiquant une alcoolémie supérieure à 80 mg fait foi d'une alcoolémie au volant supérieure à 80 mg. La présomption établie par l'al. 258(1)*d.1*) a été qualifiée de présomption « additionnelle » d'identité, mais elle n'a pas simplement pour effet de dissiper la tension exprimée dans *St. Pierre* (même s'il a également eu cet effet, comme le signale la juge Deschamps dans *Boucher*), car il s'applique peu importe que l'accusé conteste l'exactitude de l'alcootest ou la présomption d'identité. Cela tient au fait que l'al. 258(1)*d.1*) s'applique

This is because s. 258(1)(*d.*1) applies even if the requirements of s. 258(1)(*g*) are met. For example, let us consider the case of an accused who rebuts the presumption of accuracy in s. 258(1)(*g*) with evidence both that his or her blood alcohol content at the time of the breathalyzer test was different than that indicated by the machine (as required by s. 258(1)(*g*)) and that it did not exceed the legal limit *at the time of testing* (as required by the common law). In such a situation, s. 258(1)(*d.*1) will nevertheless apply, which means that the accused must also prove that his or her blood alcohol content did not exceed the legal limit *at the time of the alleged offence* in order to rebut the presumption. The Alberta Court of Queen's Bench therefore correctly held, at para. 15 of its reasons in *MacDonald*, that "there is now no significant difference as to what must be adduced or pointed to in respect to the two presumptions". Thus, in the present appeals, although Mr. Gibson was primarily challenging the presumption of identity and Mr. MacDonald was challenging the presumption of accuracy, they both had to adduce evidence that their blood alcohol levels did not exceed the legal limit while they were driving in order to rebut the presumption in s. 258(1)(*d.*1). The distinction between the presumptions of accuracy and identity continues to exist in theory, but has lost much of its importance in practice.

(2) Meaning of Evidence to the Contrary in Section 258(1)(*d.*1)

[51] Section 258(1)(*d.*1) presents a significant hurdle for an accused, but the presumption it provides for is not absolute, nor could it be without threatening the presumption of innocence. It creates a legal fiction, but not an absolute one. The presumption in s. 258(1)(*d.*1) can still be rebutted by adducing "evidence tending to show that the concentration of alcohol in the blood of the accused . . . did not exceed eighty milligrams" at the time the offence was allegedly committed. In *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (Que. C.A.), at p. 92, Fish J.A. (as he then was) put the matter this way:

. . . s. 258(1)(*c*) of the *Code* does not impose an "ultimate" or "persuasive" burden of proof on the accused.

même si les exigences de l'al. 258(1)*g*) sont remplies. Par exemple, supposons que l'accusé réfute la présomption d'exactitude établie à l'al. 258(1)*g*) en prouvant que son alcoolémie au moment de l'alcootest était différente de celle indiquée par l'appareil (comme l'exige l'al. 258(1)*g*)) et qu'elle ne dépassait pas la limite légale *au moment des tests* (comme l'exige la common law). Dans une telle situation, l'al. 258(1)*d.*1) s'applique néanmoins; de ce fait, l'accusé doit, pour réfuter la présomption, aussi prouver que son alcoolémie ne dépassait pas la limite légale *au moment de l'infraction reprochée*. C'est donc à bon droit que la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu, au par. 15 de ses motifs dans *MacDonald*, [TRADUCTION] qu'« il n'existe maintenant pas de véritable différence quant aux éléments qu'il faut présenter ou dont il faut faire état en ce qui a trait aux deux présomptions ». Ainsi, dans les présents pourvois, même si M. Gibson conteste essentiellement la présomption d'identité et que M. MacDonald conteste la présomption d'exactitude, ils doivent tous deux prouver que leur alcoolémie au volant ne dépassait pas la limite légale pour pouvoir réfuter la présomption prévue à l'al. 258(1)*d.*1). La distinction entre ces deux présomptions demeure en théorie, mais souvent elle perd beaucoup de son importance en pratique.

(2) Le sens de preuve contraire à l'al. 258(1)*d.*1)

[51] L'alinéa 258(1)*d.*1) constitue un obstacle important pour l'accusé, mais la présomption qu'il établit n'est pas absolue; elle ne pourrait d'ailleurs pas l'être sans que la présomption d'innocence s'en trouve menacée. Cette disposition crée une fiction juridique, qui n'est pas absolue, car elle peut toujours être réfutée par une « preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé [. . .] ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes » au moment où l'infraction aurait été commise. Dans *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (C.A. Qué.), p. 92, le juge Fish (maintenant juge de notre Cour) a ainsi présenté la question :

[TRADUCTION] . . . l'al. 258(1)*c*) du *Code* n'impose pas à l'accusé la « charge ultime » ou la « charge de

The "evidence to the contrary" to which it refers must *tend to show* — but it need not *prove* — that the blood-alcohol level of the accused did not exceed the statutory limit at the relevant time. The exculpatory evidence, in other words, must have *probative value*, but it need not be so cogent as to *persuade the court*. [Emphasis in original.]

I agree with these observations.

[52] The appellant MacDonald argues that the difference in wording between "(any) evidence to the contrary", as in s. 258(1)(*c*) of the *Criminal Code* and as in s. 25 of the *Interpretation Act*, and "evidence tending to show", as in s. 258(1)(*d*.1), suggests a "looser inferential relationship", such that "evidence tending to show" is broader than "evidence to the contrary". I do not find this argument convincing. In my view, for the reasons that follow, the difference in wording is not meaningful for the purpose of determining what type of evidence will rebut these presumptions.

[53] This Court confirmed in *Boucher* that evidence to the contrary is evidence that is capable of raising a reasonable doubt as to the presumed fact, and that this standard applies to s. 258(1)(*c*), (*d*.1) and (*g*). Thus, in Deschamps J.'s opinion, the enactment of s. 258(1)(*d*.1) did not change the type of evidence required to rebut the presumption of identity, but reinforced that presumption (para. 22). This conclusion is supported by the fact that the expression "tending to show" has been used by the courts for decades in the context of evidence to the contrary (see, for example, *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525). The reason for the difference in wording is most likely related not to an intent to broaden the scope of evidence to the contrary, but to a structural requirement, as Carthy J.A. suggested in *R. v. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542 (Ont. C.A.), at para. 6:

There was a semantic requirement of the restructured sentence which is now directed to the blood-alcohol level at the time of the offence rather than, as previously, the reading at the time of testing. It is no longer a question of being "contrary" to the test.

persuasion ». La « preuve contraire » dont il est question dans cette disposition doit *tendre à démontrer* — mais non à *prouver* — que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas la limite légale au moment pertinent. Autrement dit, la preuve disculpatoire doit avoir une *force probante*, mais elle n'a pas besoin d'être convaincante au point de *persuader le tribunal*. [En italique dans l'original.]

Je souscris à ces observations.

[52] L'appelant MacDonald fait valoir que la différence de formulation — « preuve contraire » à l'al. 258(1)*c*) du *Code criminel* et à l'art. 25 de la *Loi d'interprétation* et « preuve tendant à démontrer » à l'al. 258(1)*d*.1) — témoigne d'une [TRADUCTION] « relation d'inférence plus faible », l'expression « preuve tendant à démontrer » ayant une portée plus large que « preuve contraire ». Cet argument ne me convainc pas. Pour les raisons exposées ci-dessous, la différence dans la formulation n'est en fait pas significative pour la détermination du type de preuve permettant de réfuter les présomptions en question.

[53] La Cour a confirmé dans *Boucher* qu'une preuve contraire est une preuve capable de susciter un doute raisonnable quant au fait présumé et que cette norme s'applique aux al. 258(1)*c*), *d*.1) et *g*). Ainsi, selon la juge Deschamps, l'adoption de l'al. 258(1)*d*.1) n'a rien changé au type de preuve nécessaire pour réfuter la présomption d'identité, mais a renforcé cette présomption (par. 22). Cette conclusion trouve appui dans le fait que les tribunaux utilisent l'expression « tendant à démontrer » depuis des décennies dans le contexte de la preuve contraire (voir, par exemple, *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525). La raison la plus probable de la différence de formulation n'est pas une intention d'élargir la portée de la preuve contraire; il s'agit plutôt d'une raison structurelle, comme l'indique le juge Carthy dans *R. c. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542 (C.A. Ont.), par. 6 :

[TRADUCTION] Une exigence de nature sémantique est à l'origine de la restructuration de la phrase, qui vise maintenant l'alcoolémie au moment de l'infraction plutôt que, comme c'était le cas auparavant, la mesure au moment de l'alcootest. Il ne s'agit plus d'une preuve « contraire » au résultat de l'alcootest.

[54] The standard for rebutting the presumptions in s. 258(1)(*c*), (*d*.1) and (*g*) has always been evidence that could raise a reasonable doubt as to the presumed fact: in the case of s. 258(1)(*d*.1), the presumed fact is that the accused had a blood alcohol content of over 80 mg while driving. However, this is only a starting point. The parties disagree about what kind of evidence is capable of raising a reasonable doubt. In particular, they differ on whether straddle evidence and expert evidence based on alcohol elimination rates in the general population are capable of raising a reasonable doubt that the accused had a blood alcohol content of over 80 mg. The courts, too, have disagreed on this issue.

[55] As we will see in the following paragraphs, the usual approach to determining admissibility and weight applies to straddle evidence and to evidence based on alcohol elimination rates in the general population. As a result, such evidence is not inherently inadmissible for the purpose of rebutting the presumptions in s. 258(1). However, in the absence of evidence tending to show that the blood alcohol level *of the accused* at the time of the offence was below the legal limit, that evidence will rarely have sufficient probative value to rebut the presumptions.

B. *Relevance and Foundation of Expert Evidence*

[56] The approach to determining whether expert evidence is admissible and whether it can be given weight is well settled. This Court held in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, that to be admissible, expert evidence must: (a) be necessary, in that it provides information outside the experience of the trier of fact; (b) be relevant, both in terms of logical relevance and in the sense that its prejudicial effects are outweighed by its probative value; (c) be given by a properly qualified expert; and (d) not be subject to any exclusionary rules.

[54] La norme de réfutation des présomptions établies par les al. 258(1)*c*), *d*.1) et *g*) a toujours consisté dans une preuve pouvant susciter un doute raisonnable quant au fait présumé : dans le cas de l'al. 258(1)*d*.1), le fait présumé est que l'alcoolémie de l'accusé dépassait 80 mg lorsqu'il était au volant. Cette constatation ne constitue toutefois qu'un point de départ. Les parties sont en désaccord sur le type de preuve capable de susciter un doute raisonnable. Elles ne s'entendent pas, en particulier, sur le point de savoir si la preuve de chevauchement et la preuve d'expert fondée sur les taux d'élimination dans la population générale peuvent susciter un doute raisonnable quant à l'existence d'une alcoolémie supérieure à 80 mg chez l'accusé. Les tribunaux ne s'entendent pas non plus sur cette question.

[55] Comme je l'explique dans les paragraphes qui suivent, la méthode habituellement utilisée pour déterminer l'admissibilité et le poids d'une preuve s'applique à la preuve de chevauchement et à la preuve fondée sur les taux d'élimination dans la population générale. Par conséquent, de telles preuves ne sont pas en soi inadmissibles pour la réfutation des présomptions établies au par. 258(1). Toutefois, en l'absence de preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie *de l'accusé* au moment de l'infraction se trouvait au-dessous de la limite légale, ces preuves auront rarement la force probante suffisante pour réfuter les présomptions.

B. *Pertinence et fondement de la preuve d'expert*

[56] Les critères selon lesquels sont déterminés l'admissibilité d'une preuve d'expert et les cas dans lesquels il est possible de lui attribuer un certain poids sont bien établis. La Cour a décidé dans *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, que pour être admissible la preuve d'expert doit : a) être nécessaire, en ce sens qu'elle fournit des renseignements qui dépassent l'expérience du juge des faits; b) être pertinente, à la fois sur le plan de la logique et en ce sens que son effet préjudiciable est inférieur à sa force probante; c) être présentée par un expert possédant une qualification suffisante; d) ne contrevenir à aucune règle d'exclusion de la preuve.

[57] The only one of the *Mohan* criteria that is at issue in the present appeals is relevance. In *R. v. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641 (C.A.), Charron J.A., as she then was, stated that in conducting the relevance inquiry for expert evidence, it is necessary to begin by asking two questions (at para. 77):

(a) Does the proposed expert opinion evidence relate to a fact in issue in the trial?

(b) Is it so related to a fact in issue that it tends to prove it?

If the answer to both these questions is "yes", the judge must ask whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect. If this question is also answered in the affirmative, the expert evidence is considered relevant for the purpose of determining whether it is admissible. Thus, the inquiry into the relevance branch of the test for admissibility is not conducted differently for expert evidence than for non-opinion evidence. Nevertheless, as noted in *Mohan*, this inquiry is of particular significance where the admissibility of expert evidence is in issue, because of the risk that such evidence will be accepted uncritically and given more weight than it deserves.

[58] Relevance is distinct from foundation. Even admissible expert evidence cannot be given any weight without a proper factual foundation: as this Court stated in *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, "the facts upon which the opinion is based must be found to exist" (*per* Dickson J., at p. 46). In *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, the Court added that as long as there is some admissible evidence to establish a foundation for it, the expert's opinion may be accepted. The purpose of the factual foundation requirement is to ensure that expert evidence is reliable. In *Boucher*, for example, the expert's testimony as to the indicia of impairment that a man of the defendant's age, height and weight would be expected to exhibit after consuming the amount the defendant claimed to have consumed was without foundation, because the defendant's

[57] Le seul critère énoncé dans *Mohan* qui se trouve en cause dans les présents pourvois est celui de la pertinence. Dans *R. c. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641 (C.A.), la juge Charron (maintenant juge de notre Cour) a précisé que l'examen de la pertinence de la preuve d'expert nécessite qu'on se pose d'abord deux questions (par. 77) :

[TRADUCTION]

(a) La preuve fondée sur l'opinion d'un expert qui est proposée est-elle reliée à un fait en litige dans le procès?

(b) Est-elle reliée à un fait en litige au point de tendre à l'établir?

Si la réponse à ces deux questions est affirmative, le juge doit déterminer si la force probante de cet élément de preuve l'emporte sur son effet préjudiciable. Dans le cas où la réponse à cette question est elle aussi affirmative, la preuve d'expert est considérée comme pertinente pour la détermination de son admissibilité. Le volet pertinence du critère d'admissibilité n'est donc pas d'une nature différente pour la preuve d'expert que pour les autres types de preuve. L'examen n'en revêt pas moins, comme il est mentionné dans *Mohan*, une importance spéciale dans le contexte de l'admissibilité de la preuve d'expert, en raison du risque que celle-ci soit acceptée sans réserve et se voie attribuer un plus grand poids qu'elle ne le mérite.

[58] La pertinence se distingue du fondement. Aucun poids ne saurait être accordé à une preuve d'expert, même admissible, en l'absence de fondement factuel valable. En effet, comme la Cour l'a écrit dans *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, « il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion » (le juge Dickson, p. 46). Dans *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, la Cour a ajouté que, dès lors qu'il existe quelque élément de preuve admissible tendant à établir le fondement de l'opinion de l'expert, celle-ci peut être acceptée. L'exigence d'un fondement factuel vise à garantir la fiabilité de la preuve d'expert. Dans *Boucher*, par exemple, le témoignage de l'expert au sujet des signes d'affaiblissement des facultés auxquels on s'attendrait chez un homme de l'âge, de la taille et du poids du défendeur ayant consommé la quantité

evidence of consumption had been rejected by the trier of fact. Absent credible evidence of consumption, the expert's opinion was based on facts that had been found not to exist and was therefore entitled to no weight.

[59] Where expert evidence is adduced to rebut the presumption in s. 258(1)(*d.*1), the courts have sometimes confused the principle of relevance with the requirement that expert evidence have a factual foundation. I will now consider how these principles apply to expert evidence of alcohol elimination rates and to straddle evidence.

C. *Expert Evidence of Alcohol Elimination Rates and Blood Alcohol Content*

(1) Evidence in Respect of the General Population

[60] There has been disagreement among the courts regarding the relevance of and foundation for expert evidence of alcohol elimination rates in the general population adduced to rebut the presumptions in s. 258(1) of the *Criminal Code*. In *MacDonald*, the Alberta Court of Appeal held that such evidence is irrelevant and therefore inadmissible. In *Gibson*, the Nova Scotia Court of Appeal held that the evidence of elimination rates in the general population was without foundation and therefore not entitled to any weight. In contrast, the Quebec Court of Appeal, in *R. v. Déry*, [2001] Q.J. No. 3205 (QL), and the Saskatchewan Court of Appeal, in *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28 — as well as the Nova Scotia Provincial Court and the Nova Scotia Supreme Court in *Gibson* — found that the expert evidence was admissible and that it was capable of rebutting the presumption.

[61] In both cases at bar, the respondent submits that the expert evidence of alcohol elimination rates in the general population is without foundation and

d'alcool que celui-ci avait témoigné avoir consommée était sans fondement, parce que le juge des faits avait rejeté le témoignage du défendeur quant à sa consommation. Sans une preuve de consommation crédible, l'opinion de l'expert reposait sur des faits dont l'existence n'avait pas été reconnue et on ne pouvait donc lui accorder aucun poids.

[59] Dans le contexte d'une preuve d'expert présentée en réfutation de la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1), les tribunaux ont parfois confondu les principes de la pertinence et la nécessité d'un fondement factuel pour la preuve d'expert. Dans la section qui suit, j'examinerai ces principes sous l'angle de leur application à la preuve d'expert relative aux taux d'élimination et à la preuve de chevauchement.

C. *Preuve d'expert relative aux taux d'élimination de l'alcool et à l'alcoolémie*

(1) Preuve relative à la population générale

[60] Plusieurs tribunaux ont exprimé des avis divergents sur la pertinence et le fondement de la preuve d'expert relative aux taux d'élimination dans la population générale qui est présentée en réfutation des présomptions établies par le par. 258(1) du *Code criminel*. Selon l'arrêt *MacDonald* de la Cour d'appel de l'Alberta, une telle preuve n'est pas pertinente et reste, par conséquent, inadmissible. Dans *Gibson*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que la preuve des taux d'élimination dans la population générale ne reposait sur aucun fondement et qu'on ne pouvait donc lui accorder aucun poids. En revanche, la Cour d'appel du Québec dans *R. c. Déry*, [2001] J.Q. n° 3205 (QL), et la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28 — ainsi que la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse et la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans *Gibson* — ont jugé la preuve d'expert admissible et capable de réfuter la présomption.

[61] Dans les deux présentes affaires, l'intimée soutient que la preuve d'expert relative aux taux d'élimination dans la population générale est sans

can therefore be given no weight. I disagree. It is important to bear in mind what the expert evidence consists of in these appeals. The experts testified as to what the blood alcohol content of a person of each appellant's age, sex, height and weight would have been, assuming that he eliminated alcohol at a rate within the range observed in members of the general population, and based on the consumption pattern to which the appellant testified. The foundation for the evidence includes: the range of possible elimination rates, of members of the population as a whole; the fact that the appellant is a member of the population of a particular height and weight; and the appellant's evidence of consumption. Thus, the expert evidence was not without foundation in the cases at bar.

[62] These appeals are therefore distinguishable from *Boucher*, where there was no credible evidence of consumption on which to base the expert opinion on blood alcohol content. It is clear from *Boucher*, *Dubois* and *Proudlock* that if the evidence of consumption is not credible, the presumptions in s. 258(1) cannot be rebutted. However, the evidence of consumption was accepted in *Gibson* and was at least not explicitly rejected in *MacDonald*.

[63] The issue relating to evidence of rates in the general population is therefore not whether such evidence is reliable (which evidence without a factual foundation may not be), but whether it is relevant for the purpose of establishing the blood alcohol content of the accused. In light of the principles discussed above for determining whether evidence is admissible, expert evidence that the blood alcohol content of someone of the age, sex, height and weight of the accused would fall in a particular range is relevant for the purpose of rebutting the presumptions in s. 258(1) of the *Criminal Code*.

[64] The following example is illustrative: if an expert testifies that every person of the sex, age,

fondement et qu'on ne saurait donc lui attribuer aucun poids. Je ne suis pas de cet avis. Il importe de se rappeler en quoi consiste la preuve d'expert dans les présents pourvois. Le témoignage des experts a porté sur ce qu'aurait pu être l'alcoolémie d'une personne de l'âge, du sexe, de la taille et du poids de chaque appelant, si l'on tenait pour acquis que son taux d'élimination se situe dans une fourchette observée dans la population générale et si l'on tenait compte du mode de consommation que l'appelant a indiqué dans son témoignage. Le fondement de la preuve réside dans les éléments suivants : la fourchette des taux d'élimination possibles chez des membres de l'ensemble de la population; le fait que l'appelant fait partie de la population d'une taille et d'un poids donnés; le témoignage de l'appelant quant à sa consommation. Ainsi, la preuve d'expert n'était pas sans fondement dans les présentes affaires.

[62] Par conséquent, les présents pourvois se distinguent de l'affaire *Boucher*, dans laquelle il n'existait aucune preuve relative à la consommation jugée crédible sur laquelle pouvait se fonder l'opinion de l'expert à l'égard de l'alcoolémie. Il ressort clairement de *Boucher*, de *Dubois* et de *Proudlock* que, si la preuve concernant la consommation n'est pas crédible, les présomptions établies par le par. 258(1) ne peuvent être réfutées. Mais dans *Gibson*, la preuve relative à la consommation a été acceptée et dans *MacDonald*, elle n'a pas été rejetée, du moins pas d'une manière explicite.

[63] En ce qui concerne la preuve relative aux taux dans la population générale, il ne s'agit donc pas de savoir si une telle preuve est digne de foi (il est possible qu'une preuve sans fondement factuel ne le soit pas), mais bien de savoir si elle est pertinente pour établir l'alcoolémie de l'accusé. D'après les principes d'admissibilité de la preuve examinés ci-dessus, la preuve d'expert selon laquelle l'alcoolémie d'une personne dont l'âge, le sexe, la taille et le poids correspondent à ceux de l'accusé se situerait dans une fourchette donnée est pertinente pour la réfutation des présomptions établies par le par. 258(1) du *Code criminel*.

[64] Voici un exemple à titre d'illustration : si un expert témoigne que toute personne du sexe,

height and weight of the accused would, on consuming the amount in question, have a blood alcohol content below the legal limit, this is clearly relevant for the purpose of rebutting the presumption in s. 258(1)(*d.*1). That is, such evidence is logically relevant to the defence's claim that the blood alcohol content of the accused was not, in fact, over 80 mg at the relevant time. Furthermore, the requirement for the exclusion of defence evidence according to *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 609-11 — that the prejudicial effect of admitting the evidence, such as the consumption of additional court resources, substantially outweighs its probative value — will rarely be met in such a case. If the expert testifies that most people would have been below the legal limit or even that some people would have been below the limit, the evidence does not become irrelevant but will, rather, be less probative. Thus, expert evidence based on alcohol elimination rates in the general population is not inherently irrelevant and is therefore not inherently inadmissible for the purpose of rebutting the presumption in s. 258(1)(*d.*1).

[65] This Court's pronouncements in *Boucher* on evidence of rates in the general population are not inconsistent with the relevance and admissibility of such evidence, although that case has sometimes been interpreted as standing for the proposition that evidence of "statistical averages" is not admissible for the purpose of rebutting the presumptions in s. 258(1). The Court's rejection of "average figures" in para. 31 of *Boucher* was limited to a context in which evidence of consumption is disbelieved. In fact, that paragraph suggests that if a judge did believe the evidence of consumption adduced by the accused, the expert evidence would be relevant and admissible.

[66] At para. 34 of *Boucher*, the Court again rejected "statistical averages" as irrelevant, relying in part on the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279. However, this rejection was limited to a context in which blood alcohol content is established on the basis of indicia of impairment. Such indicia are insufficient as evidence of blood alcohol content where,

de l'âge, de la taille et du poids de l'accusé ayant consommé la quantité d'alcool en question aurait une alcoolémie inférieure à la limite légale, ce témoignage est sans conteste pertinent pour réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1). Ainsi, une telle preuve est logiquement pertinente pour l'argument de la défense selon lequel l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas, en fait, 80 mg au moment pertinent. Par ailleurs, il arrive rarement que l'effet préjudiciable de l'admission de la preuve, par exemple l'utilisation de ressources judiciaires additionnelles, l'emporte de façon substantielle sur la force probante de la preuve, comme l'exige l'exclusion de la preuve de la défense selon *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 609-611. Si l'expert témoigne que la plupart des gens, ou même certaines personnes seulement, auraient eu une alcoolémie inférieure à la limite permise, la preuve ne perd pas toute pertinence, mais sa force probante est moindre. Ainsi, la preuve d'expert fondée sur les taux d'élimination dans la population générale n'est pas en soi dénuée de pertinence et donc inadmissible pour la réfutation de la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1).

[65] Ce que la Cour a déclaré dans *Boucher* au sujet de la preuve relative aux taux dans la population générale n'est pas incompatible avec la pertinence et l'admissibilité de cette preuve, même si on a parfois interprété cet arrêt comme établissant que la preuve de « moyennes statistiques » demeure inadmissible pour la réfutation des présomptions établies par le par. 258(1). Le rejet par la Cour de « données moyennes » au par. 31 de *Boucher* se limitait au contexte d'un témoignage sur la consommation d'alcool jugé non crédible. En fait, ce paragraphe semble indiquer que, si un juge estime digne de foi le témoignage de l'accusé quant à sa consommation, la preuve d'expert sera pertinente et admissible.

[66] Au paragraphe 34 de *Boucher*, la Cour a aussi rejeté pour non-pertinence les « moyennes statistiques », en s'appuyant en partie sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279. Mais ce rejet se situait uniquement dans le contexte d'une preuve de l'alcoolémie basée sur des signes d'affaiblissement des facultés. De tels signes ne peuvent constituer une preuve de l'alcoolémie

as in *Boucher*, no evidence of tolerance is adduced. Evidence of elimination rates in the general population, on the other hand, is relevant to — although certainly not conclusive of — the blood alcohol content of the accused even in the absence of evidence of his or her elimination rate. Thus, *Boucher* and *Latour* did not reject outright the use of evidence of rates in the general population to rebut the s. 258(1) presumptions, but, rather, rejected it in a context in which blood alcohol content is assessed on the basis of indicia of impairment in the absence of evidence of alcohol tolerance, or in which evidence of consumption is disbelieved.

en l'absence d'une preuve de la tolérance à l'alcool, preuve qui n'avait pas été présentée dans *Boucher*. La preuve des taux d'élimination dans la population générale, en revanche, est pertinente — quoique certainement pas déterminante — à l'égard de l'alcoolémie de l'accusé même en l'absence de preuve de son taux d'élimination. Ainsi, les arrêts *Boucher* et *Latour* ont consacré non pas le rejet systématique de l'utilisation de la preuve relative aux taux dans la population générale pour la réfutation des présomptions établies par le par. 258(1), mais plutôt le rejet de cette preuve lorsqu'il s'agit de déterminer l'alcoolémie selon des signes d'affaiblissement des facultés en l'absence de preuve de la tolérance à l'alcool, ou dans un contexte où le tribunal refuse d'ajouter foi à la preuve relative à la consommation d'alcool.

[67] Of course, admissibility is only the first hurdle; admissible evidence may be given little or no weight. The probative value of evidence based on rates in the general population will often be so low that it fails to raise a reasonable doubt that the accused had a blood alcohol content exceeding 80 mg, as indicated by an approved instrument for measuring blood alcohol content. Not only do elimination rates vary between individuals, but each individual's rate will vary depending on such factors as the amount of food consumed, the type of alcohol consumed and the pattern of consumption. Thus, evidence that the blood alcohol content of an average person of the sex, age, height and weight of the accused would have been at a certain level or within a certain range will rarely be sufficiently probative to raise a reasonable doubt about the presumed fact that the actual blood alcohol content of the accused at the time of the offence exceeded the legal limit.

[67] L'admissibilité ne constitue, bien sûr, que le premier obstacle; on peut accorder à une preuve admissible peu ou pas de poids. La preuve fondée sur les taux dans la population générale possède dans bien des cas si peu de force probante qu'elle ne suscite pas un doute raisonnable quant à l'existence chez l'accusé d'une alcoolémie supérieure à 80 mg, mesurée à l'aide d'un alcootest approuvé. Les taux d'élimination varient non seulement d'un individu à l'autre, mais aussi chez le même individu, en fonction de divers facteurs tels que la quantité de nourriture consommée, le type d'alcool absorbé et le mode de consommation. Ainsi, la preuve qu'une personne moyenne dont le sexe, l'âge, la taille et le poids correspondent à ceux de l'accusé aurait une alcoolémie donnée ou que son alcoolémie se situerait à l'intérieur d'une fourchette donnée présentera rarement à elle seule une force probante suffisante pour soulever un doute raisonnable quant au fait présumé que l'alcoolémie réelle de l'accusé au moment de l'infraction dépassait la limite légale.

(2) Evidence of the Elimination Rate of the Accused

(2) Preuve du taux d'élimination de l'accusé

[68] Expert evidence of the elimination rate of the accused as established by a test is potentially more probative of the blood alcohol content he or she had while driving than evidence based on elimination rates in the general population. However, because

[68] Une preuve d'expert relative au taux d'élimination mesuré par des tests chez l'accusé pourrait être plus probante quant à son alcoolémie au volant qu'une preuve fondée sur les taux d'élimination dans la population générale. Cependant, puisque

an individual's elimination rate varies over time based on a number of factors, as was confirmed by Mr. MacDonald's own expert (see para. 6 of the trial judgment), the probative value of evidence based on the elimination rate of the accused will logically depend on the number of variables controlled for in the elimination rate test. For example, an elimination rate test that fails to take into account the type of alcohol consumed, the pattern of consumption and any food consumed by the accused may be no more helpful for the purpose of establishing his or her elimination rate under different conditions than a simple average of elimination rates in the general population. If it were possible to provide credible evidence of the elimination rate of the accused at the time of the offence, though, that evidence would be more likely to rebut the presumption in s. 258(1)(*d.*1) than mere evidence of the elimination rate of the accused under testing conditions.

D. *Straddle Evidence*

[69] Straddle evidence, as indicated above, is evidence of a range of blood alcohol levels whose lowest value lies below the legal limit and whose highest value lies above it. Like evidence of elimination rates in the general population, straddle evidence has been treated inconsistently, but generally with suspicion, by the courts. Since *Heideman*, in 2002, the practice in Ontario has been not to admit it. Similarly, British Columbia's courts have generally rejected it (see *R. v. Moen* (2007), 48 C.R. (6th) 361, 2007 BCSC 376). However, at least two appellate courts have admitted straddle evidence — the Saskatchewan Court of Appeal in *Gibson* and the Quebec Court of Appeal in *Déry* — but their decisions have not always been followed.

[70] Even though in the majority of cases the courts have held that straddle evidence cannot be used to rebut the statutory presumptions, some of the leading cases on this point, such as *Heideman*, have been decided at least in part on the basis that the straddle evidence was based on elimination rates in the general population. The court in *Heideman* rejected both straddle evidence (of a range of 47 to

le taux d'élimination d'un individu varie avec le temps en fonction de plusieurs facteurs, comme l'a confirmé l'expert de M. MacDonald (jugement de première instance, par. 6), la force probante d'une preuve fondée sur le taux d'élimination de l'accusé dépendra logiquement du nombre de variables prises en compte par le test effectué. Par exemple, il se peut qu'un test visant à mesurer le taux d'élimination de l'accusé qui ne prendrait pas en compte le type d'alcool absorbé, le mode de consommation et toute nourriture consommée ne constitue pas un meilleur indicateur de son taux d'élimination dans des conditions différentes que la simple moyenne des taux d'élimination dans la population générale. Toutefois, une preuve crédible de son taux d'élimination au moment de l'infraction permettrait plus facilement de réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1) que la simple preuve de son taux d'élimination dans les conditions du test.

D. *Preuve de chevauchement*

[69] La preuve de chevauchement, comme nous l'avons vu, est la preuve d'une fourchette de taux d'alcoolémie dont la valeur la plus basse est inférieure à la limite permise et la valeur la plus haute lui est supérieure. Comme pour la preuve relative aux taux d'élimination dans la population générale, les tribunaux se sont montrés fluctuants au sujet d'une telle preuve, la considérant cependant en général avec suspicion. Depuis *Heideman* en 2002, elle n'est pas admise en Ontario. De même, les tribunaux de la Colombie-Britannique l'ont généralement rejetée (voir *R. c. Moen* (2007), 48 C.R. (6th) 361, 2007 BCSC 376). Elle a toutefois été admise par au moins deux cours d'appel : celle de la Saskatchewan dans *Gibson* et celle du Québec dans *Déry* — mais ces décisions n'ont pas toujours été suivies.

[70] Même si, selon la jurisprudence majoritaire, la preuve de chevauchement ne permet pas de réfuter les présomptions établies par la loi, dans le cas de certaines décisions importantes concernant cette question, comme *Heideman*, cette conclusion tient, du moins en partie, au fait que cette preuve est fondée sur les taux d'élimination dans la population générale. Dans *Heideman*, la cour a rejeté

95 mg) and evidence of an average person's blood alcohol content (71 mg) for the reason that the expert's evidence was based on population averages unrelated to the accused and was therefore "not probative of this appellant's blood level at the time of the offence" (para. 14). In subsequent cases, such as *R. v. Noros-Adams* (2003), 190 Man. R. (2d) 161, 2003 MBCA 103, courts have cited *Heideman* for the principle that "in order to rebut the presumption the evidence must satisfy a court that the accused's blood alcohol content could not have been above .08" (para. 9). With respect, I do not believe that *Heideman* supports this conclusion. Rather, the court in *Heideman* stated that the expert evidence "must indicate that the level was below .08" (para. 13). This is not the same as requiring the elimination of a scenario in which the blood alcohol content of the accused was over 80 mg, to paraphrase the Alberta Court of Queen's Bench in *MacDonald*. The former is consistent with the concept of straddle evidence, while the latter is not.

[71] Although it appears to be true that in the canvassed cases, the straddle evidence was based on a range of elimination rates in the general population, this result is not logically inevitable, and it is important to distinguish the straddle evidence issue from that of evidence of elimination rates in the general population. I have already stated that evidence based on such rates is neither inherently irrelevant nor generally inadmissible. The question remains, however, whether the fact that the range of blood alcohol levels adduced by the expert straddles the legal limit renders the evidence incapable of rebutting the presumption in s. 258(1)(*d*.1).

[72] Let us consider a case in which an expert testifies that the blood alcohol content of the accused at the relevant time would have been between 40 and 82 mg. This evidence is relevant — both in terms of logical relevance and in the sense that its prejudicial effect does not substantially outweigh

à la fois la preuve de chevauchement (une fourchette de 47 à 95 mg) et la preuve de l'alcoolémie d'une personne moyenne (71 mg), au motif que le témoignage de l'expert, comme il se fondait sur des moyennes dans la population non reliées à l'accusé, n'était [TRADUCTION] « pas probant quant à l'alcoolémie de l'appelant au moment de l'infraction » (par. 14). Dans des décisions subséquentes, comme *R. c. Noros-Adams* (2003), 190 Man. R. (2d) 161, 2003 MBCA 103, les tribunaux se sont appuyés sur *Heideman* pour formuler le principe suivant lequel [TRADUCTION] « pour réfuter la présomption, la preuve doit convaincre le tribunal que l'alcoolémie de l'accusé n'aurait pas pu être supérieure à 0,08 » (par. 9). Soit dit en tout respect, je ne crois pas que l'arrêt *Heideman* autorise cette conclusion. Il mentionne plutôt que la preuve d'expert [TRADUCTION] « doit indiquer que l'alcoolémie était inférieure à 0,08 » (par. 13). Ce n'est pas la même chose que l'élimination du scénario où l'alcoolémie de l'accusé dépassait 80 mg, pour paraphraser la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans *MacDonald*. La première interprétation demeure compatible avec la notion de la preuve de chevauchement, alors que ce n'est pas le cas de la seconde.

[71] Même s'il paraît exact dans les affaires examinées que la preuve de chevauchement s'appuie sur une gamme de taux d'élimination dans la population générale, cela n'est pas logiquement inévitable et il importe de distinguer les deux questions : celle de la preuve de chevauchement et celle de la preuve fondée sur les taux d'élimination dans la population générale. J'ai déjà mentionné que cette dernière preuve n'est pas en soi dénuée de pertinence ni inadmissible en général. Mais la question demeure : le fait que la fourchette alcoolémique citée par l'expert chevauche la limite légale la rend-il incapable de contrer la présomption établie par l'al. 258(1)*d*.1)?

[72] Imaginons le témoignage d'un expert qui déclarerait que l'alcoolémie de l'accusé au moment pertinent se serait située entre 40 et 82 mg. Cet élément de preuve est pertinent pour réfuter la présomption que l'alcoolémie de l'accusé était supérieure à 80 mg, à la fois sur le plan de la logique et

its probative value — for the purpose of rebutting a presumption that the blood alcohol content of the accused was above 80 mg. It is not conclusive, but it may be capable of raising a reasonable doubt. Other straddle evidence may be less probative, but it will usually be sufficiently relevant to pass the threshold for admissibility.

[73] Thus, the usual principles must be applied to determine whether straddle evidence is admissible. However, the weight given to such evidence by a trier of fact will depend on the nature of the evidence itself. A wide "straddle range", such as those in the present appeals (40-105 mg for Mr. Gibson and 64-109 mg for Mr. MacDonald), cannot be considered evidence to the contrary of the breathalyzer result, since it does not tend to prove that the accused was at or under the legal limit. Similarly, a range that is overwhelmingly above the legal limit may be of limited probative value. A narrower range, or one whose values lie overwhelmingly below the legal limit, will generally have greater probative value. In the end, the more that is known about probabilities within the range, the more probative the evidence may be.

[74] Another factor going to weight is whether the breathalyzer result is consistent with the straddle range. If it is, the Crown can argue that the straddle evidence supports the breathalyzer result. Although such evidence would be admissible, it is difficult to imagine that it could leave the trier of fact with a reasonable doubt. If, on the other hand, the breathalyzer result is inconsistent with the straddle range, this is simply another factor to be considered by the trier of fact. It could support either the contention that the breathalyzer reading was inaccurate, or the contention that the expert's testimony is poor evidence of the actual blood alcohol content of the accused while he or she was driving. That being said, it should be recalled that in cases where an accused may have continued to absorb alcohol between the time of the alleged offence and that of the breathalyzer test, the breathalyzer reading may

du fait que son effet préjudiciable ne l'emporte pas de façon substantielle sur sa force probante. Sans être déterminante, elle pourrait soulever un doute raisonnable. D'autres preuves de chevauchement pourraient être moins probantes, mais leur pertinence sera habituellement suffisante pour qu'elles soient jugées admissibles.

[73] Ainsi, l'admissibilité de la preuve de chevauchement est par conséquent déterminée selon les principes habituels. Le poids que le juge des faits accorde à cette preuve dépendra toutefois de la nature de la preuve elle-même. Une large fourchette alcoolémique qui chevauche la limite légale, comme celles en cause dans les présents pourvois (40-105 mg dans le cas de M. Gibson et 64-109 mg dans celui de M. MacDonald), ne peut être considérée comme preuve contraire permettant de réfuter les résultats de l'alcootest, car elle ne tend pas à prouver que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas la limite légale. De même, une fourchette se situant largement au-dessus de la limite légale risque d'avoir une force probante limitée. Une fourchette plus étroite, ou celle dont les valeurs se situent largement au-dessous de la limite légale, sera en général dotée d'une plus grande force probante. En fin de compte, plus nous connaissons les probabilités situées dans la fourchette, plus la preuve pourrait être probante.

[74] Un autre élément entre en ligne de compte pour la détermination du poids à accorder à la preuve : le fait que le résultat de l'alcootest soit ou non compatible avec la fourchette chevauchante. S'il l'est, le ministère public peut plaider que la preuve de chevauchement contribue à confirmer le résultat en question. On imagine mal qu'une telle preuve, même si elle est admissible, puisse susciter un doute raisonnable chez le juge des faits. Si, par contre, le résultat de l'alcootest est incompatible avec la fourchette chevauchante, ce sera simplement un autre facteur que le juge des faits doit prendre en considération. On pourrait invoquer cette incompatibilité pour faire valoir que le résultat de l'alcootest était inexact ou que le témoignage de l'expert ne constitue pas une preuve très convaincante de l'alcoolémie réelle de l'accusé au moment où il se trouvait au volant. Cela dit, il ne faut pas

be consistent with the straddle range even if it lies outside the range.

[75] In sum, straddle evidence is by its very nature consistent with both innocence and guilt. Accordingly, such evidence will rarely suffice on its own to raise a reasonable doubt as to the accuracy of a breathalyzer result admitted in accordance with the relevant provisions of the *Criminal Code*. For the reasons given, however, it is not inadmissible on that ground. Evidence that does not in itself tend to show that the blood alcohol ratio of the accused was at or under the legal limit cannot be excluded for that reason. Here as elsewhere, ultimate sufficiency and threshold admissibility are conceptually distinct issues. Once straddle evidence is admitted, it will be left to the trier of fact to determine whether that evidence, considered in light of the evidence as a whole, raises a reasonable doubt as to the accuracy of the breathalyzer result. And I hasten to add that the straddle evidence and the other evidence relied on by the defence will warrant an acquittal only if it tends to prove that the blood alcohol level of the accused at the relevant time did not exceed 80 mg. In cases where the range of possible blood alcohol levels is based on average elimination rates across the population as a whole, straddle evidence will rarely be sufficient in itself to raise a reasonable doubt about the presumed fact that the blood alcohol level of the accused exceeded the legal limit. It nevertheless remains admissible for the reasons given and may, bearing in mind the evidence as a whole, constitute evidence to the contrary for the purpose of rebutting the presumption in s. 258(1)(*d*.1). Whether a reasonable doubt exists must be assessed in light of all the evidence, given that the Crown has adduced evidence, in the form of a breathalyzer test result, of a blood alcohol content over the legal limit at the time of the offence.

[76] In my opinion, if we were to foreclose the possibility of straddle evidence raising a reasonable doubt and rebutting the presumption in

oublier que, si l'accusé a continué à absorber de l'alcool entre le moment de l'infraction reprochée et celui de l'alcootest, il se peut que le résultat de l'alcootest corresponde à la fourchette chevauchante même s'il se situe à l'extérieur de la fourchette.

[75] En somme, la preuve de chevauchement est, de par sa nature même, compatible à la fois avec l'innocence et la culpabilité. Par conséquent, sans autre preuve, elle sera rarement assez convaincante pour susciter un doute raisonnable quant à l'exactitude du résultat d'alcootest admis en preuve conformément aux dispositions pertinentes du *Code criminel*. Toutefois, pour les raisons déjà exposées, elle n'est pas inadmissible pour ce motif. On ne peut exclure pour cette raison la preuve qui, en elle-même, ne tend pas à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas la limite légale. Ici comme ailleurs, l'ultime suffisance et le seuil d'admissibilité représentent deux concepts distincts. Une fois la preuve de chevauchement admise, il appartiendra au juge des faits de déterminer si elle soulève un doute raisonnable quant à l'exactitude du résultat de l'alcootest, compte tenu de l'ensemble de la preuve. Et je m'empresse d'ajouter que la preuve de chevauchement et l'autre preuve invoquée par la défense ne garantiront l'acquittement que si elles tendent à prouver que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas 80 mg au moment pertinent. Dans les cas où la fourchette d'alcoolémies possibles est fondée sur les taux moyens d'élimination dans l'ensemble de la population, la preuve de chevauchement suffira rarement à elle seule pour susciter un doute raisonnable quant au fait présumé que l'alcoolémie de l'accusé dépassait la limite légale. Elle demeure toutefois admissible pour les raisons déjà exposées et peut, compte tenu de l'ensemble de la preuve, constituer une preuve contraire pour la réfutation de la présomption établie par l'al. 258(1)*d*.1). Pour déterminer s'il existe un doute raisonnable, il faut prendre en compte toute la preuve, étant donné que le ministère public a présenté, sous forme de résultats d'alcootest, la preuve d'une alcoolémie supérieure à la limite légale au moment de l'infraction.

[76] Écarter complètement la possibilité que la preuve de chevauchement suscite un doute raisonnable et permette de réfuter la présomption établie

s. 258(1)(*d.*1), as Justice Charron would do, we would, by emphasizing the fictional nature of the presumption of identity, inappropriately restrict the ability of an accused to defend him or herself. As I mentioned above, the wording of the provision gives no indication of a legislative intent to render the fictional presumption absolute or irrebutable in practice. It also leaves open the possibility of discrepancies between test results obtained at the time of testing and the blood alcohol content of the accused at the time of the offence. Although I will not delve too far into constitutional issues that have not been raised in this appeal, a mandatory presumption that requires the accused to raise a reasonable doubt about a fact that has not been proved by the Crown may *prima facie* be a limit on the presumption of innocence protected by s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that needs to be justified under s. 1. For example, in *Phillips*, the Ontario Court of Appeal, held that the presumption of identity, the equivalent of today's s. 258(1)(*c*), was *prima facie* unconstitutional. However, the presumption was saved under s. 1 of the *Charter*, in part because it was rebuttable by means of evidence to the contrary.

[77] The approach of my colleague, Charron J., is also problematic as regards the interpretation of the *Criminal Code*. She simply reads out of the *Criminal Code* the legislative distinction between the alcohol level at the time of the offence and the alcohol level at the time of testing. In so doing, she denies the possibility that the blood alcohol level of the accused changed between the time of the alleged offence and the time of testing. In practical terms, this approach eliminates defences that Parliament decided, despite the argument that they are liable to raise a degree of uncertainty in the law, to leave open to the accused in the present version of the *Criminal Code*. Straddle evidence is not and ought not to be declared inadmissible. The choice whether to submit to testing after being charged belongs to the accused. He or she retains the right to introduce such evidence despite its weaknesses.

à l'al. 258(1)*d.*1), comme le ferait la juge Charron, restreindrait indûment, à mon avis, la capacité de l'accusé de se défendre, du fait qu'on insiste sur la nature fictive de la présomption d'identité. Comme je l'ai mentionné plus haut, le texte de la disposition n'offre aucune indication quant à l'intention du législateur de rendre la présomption fictive absolue ou irréfragable en pratique. Il n'exclut pas la possibilité de montrer les divergences entre les résultats des tests et l'alcoolémie au moment de l'infraction. Sans trop approfondir les questions constitutionnelles non soulevées dans les présents pourvois, signalons que la présomption obligatoire selon laquelle l'accusé doit susciter un doute raisonnable quant à un fait que le ministère public n'a pas établi à première vue risque de restreindre l'effet de la présomption d'innocence, protégée par l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et qu'il faut peut-être justifier selon l'article premier. Par exemple, dans *Phillips*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la présomption d'identité, l'équivalent de l'actuelle présomption établie par l'al. 258(1)*c*), était à première vue inconstitutionnelle. Elle est toutefois justifiée selon l'article premier de la *Charte*, en partie parce que la présomption peut être réfutée par une preuve contraire.

[77] L'analyse adoptée par ma collègue, la juge Charron, pose aussi un problème quant à l'interprétation du *Code criminel*. Elle y fait abstraction de la distinction législative entre l'alcoolémie au moment de l'infraction et celle au moment des tests. En effet, elle nie la possibilité que l'alcoolémie varie entre le moment de l'infraction reprochée et le moment où les tests sont effectués. En pratique, cette approche enlève les moyens de défense que le législateur a décidé de laisser à la disposition de l'accusé dans le texte actuel du *Code criminel*, même si l'on fait valoir qu'ils sont susceptibles de soulever un degré d'incertitude dans l'application du droit. La preuve de chevauchement ne peut pas et ne doit pas être déclarée inadmissible. C'est à l'accusé de choisir s'il veut se soumettre à des tests après le dépôt des accusations. Il conserve le droit de présenter une telle preuve, malgré ses lacunes.

E. *Application to the Facts*

[78] Mr. Gibson's two breathalyzer readings indicated blood alcohol levels of 120 and 100 mg. According to the expert evidence adduced by the defence, based on the range of elimination rates in the male population of Mr. Gibson's age, size and weight, and assuming Mr. Gibson's evidence of consumption to be true, his blood alcohol content while he was driving was between 40 and 105 mg. This evidence is sufficiently relevant to be admissible and is not without foundation, so it can be given weight by the trier of fact. However, given that the expert's straddle evidence is based on elimination rates in the general population, consists of a wide range of values and includes values significantly above the legal limit, it does not, as is required to rebut the presumption in s. 258(1)(*d.*1), raise a reasonable doubt that Mr. Gibson's blood alcohol content actually exceeded 80 mg. Therefore, for these reasons, I agree with the Court of Appeal that Mr. Gibson's acquittal should be quashed and he should be retried.

[79] The expert evidence adduced by Mr. MacDonald included straddle evidence based on elimination rates in the general population, and evidence based on Mr. MacDonald's own elimination rate according to tests conducted subsequently to the offence. The straddle evidence indicated a range of 64 to 109 mg. Again, this evidence is admissible. However, it is clear from the trial judge's reasons that despite this evidence, he did not have a reasonable doubt that Mr. MacDonald's blood alcohol had been over the limit at the relevant time. Although it is not clear whether this was because he rejected the evidence of consumption or because the straddle evidence itself was not sufficiently convincing, the trial judge was entitled to decide on either basis. In my opinion, it would have been unreasonable for him to find that the straddle evidence in this case was capable of raising a reasonable doubt.

E. *Application aux faits*

[78] Les deux alcootests auxquels a été soumis M. Gibson révèlent des alcoolémies de 120 et de 100 mg. D'après la preuve d'expert présentée par la défense, l'alcoolémie de M. Gibson au moment où il conduisait se situait entre 40 et 105 mg, selon les taux d'élimination de l'alcool observés chez les hommes de l'âge, de la taille et du poids de M. Gibson, et selon la présomption que son témoignage quant à sa consommation était véridique. Cette preuve est suffisamment pertinente pour être admissible et elle n'est pas sans fondement, si bien que le juge des faits peut lui accorder un certain poids. Mais étant donné que la preuve de chevauchement est fondée sur les taux d'élimination dans la population générale, comporte une large fourchette et comprend des valeurs notablement supérieures à la limite légale, elle ne soulève aucun doute raisonnable quant à l'alcoolémie supérieure à 80 mg de M. Gibson, comme l'exige la réfutation de la présomption établie par l'al. 258(1)*d.*1). Pour ces motifs, je conviens donc avec la Cour d'appel que l'acquittement de M. Gibson doit être annulé et qu'il doit subir un nouveau procès.

[79] La preuve d'expert présentée par M. MacDonald comportait une preuve de chevauchement, fondée sur les taux d'élimination dans la population générale, et une preuve fondée sur le taux d'élimination de M. MacDonald lui-même, établi au moyen de tests effectués après l'infraction. La preuve de chevauchement indiquait une fourchette de 64 à 109 mg. Cette preuve, encore une fois, est admissible. Il ressort clairement, toutefois, des motifs du juge de première instance que, malgré cette preuve, il n'avait aucun doute raisonnable quant au fait que l'alcoolémie de M. MacDonald était, au moment pertinent, supérieure à la limite permise. Même s'il est difficile de savoir si cette absence de doute tenait à son rejet des témoignages concernant la consommation ou à ce que la preuve de chevauchement n'était pas suffisamment convaincante, le juge de première instance avait le droit de fonder sa décision sur l'une ou l'autre de ces raisons. À mon avis, il ne pouvait pas raisonnablement conclure, en l'espèce, que la preuve de chevauchement pouvait susciter un doute raisonnable.

[80] The fact that Mr. MacDonald's blood alcohol content according to the police, who measured it at 140 mg, is inconsistent with the straddle range does not necessarily imply that the breathalyzer reading was inaccurate. The trial judge appears to have concluded, rather, that the range attested to by the expert did not reflect Mr. MacDonald's actual blood alcohol content while he was driving. This may be because the trial judge did not believe the evidence of consumption or because he simply did not accept the expert evidence. Even if the straddle evidence did necessarily imply that the breathalyzer reading was inaccurate, it is well established that this would not be sufficient to rebut the presumptions in s. 258(1) in the absence of evidence that the blood alcohol content of the accused did not exceed 80 mg at the time of the alleged offence. It was open to the trial judge to conclude that the straddle evidence did not raise a reasonable doubt on this issue.

[81] The evidence of Mr. MacDonald's own elimination rate, which supported a blood alcohol content of 71 mg, was also rejected by the trial judge because the test used to determine the elimination rate had not sufficiently approximated the conditions at the time of the alleged offence, which limited its relevance to the fact Mr. MacDonald was seeking to prove. Thus, although based on Mr. MacDonald's elimination rate, the evidence of a blood alcohol content of 71 mg was not sufficient to raise a reasonable doubt that Mr. MacDonald's blood alcohol content had exceeded 80 mg. I see no reason to interfere with that finding, which was upheld by the Court of Queen's Bench and by the Court of Appeal.

III. Disposition

[82] In the result, both appeals are dismissed.

The reasons of Binnie and Deschamps JJ. were delivered by

[83] DESCHAMPS J. (dissenting) — The Court is asked to determine what weight is to be given to

[80] Le fait que l'alcoolémie de 140 mg constatée par la police au moyen des alcootests auxquels elle a soumis M. MacDonald est incompatible avec la fourchette chevauchante n'implique pas nécessairement que les résultats des alcootests étaient inexacts. Le juge de première instance semble avoir plutôt conclu que la fourchette attestée par l'expert ne correspondait pas à l'alcoolémie réelle de M. MacDonald au moment où il conduisait. Peut-être n'a-t-il pas cru les témoignages relatifs à la consommation, ou alors il n'a tout simplement pas accepté la preuve d'expert. Même si la preuve de chevauchement impliquait nécessairement que les résultats des alcootests étaient inexacts, il est bien établi que cela ne suffit pas pour réfuter les présomptions prévues par le par. 258(1), en l'absence d'une preuve démontrant que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas 80 mg au moment de l'infraction reprochée. Le juge de première instance pouvait conclure que la preuve de chevauchement ne suscitait chez lui aucun doute raisonnable sur ce point.

[81] Le juge de première instance a aussi rejeté la preuve relative au taux d'élimination de M. MacDonald lui-même, sur laquelle repose l'alcoolémie de 71 mg, car le test utilisé pour déterminer ce taux ne reproduisait pas d'une façon suffisante les conditions existant au moment de l'infraction reprochée, ce qui restreignait sa pertinence à l'égard du fait que M. MacDonald cherchait à établir. Ainsi, la preuve d'une alcoolémie de 71 mg, bien que reposant sur le taux d'élimination de celui-ci, ne suffisait pas pour soulever un doute raisonnable quant à l'alcoolémie supérieure à 80 mg de M. MacDonald. Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion du juge, qui a été confirmée par la Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel de l'Alberta.

III. Dispositif

[82] Les deux pourvois sont par conséquent rejetés.

Version française des motifs des juges Binnie et Deschamps rendus par

[83] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — La Cour doit déterminer le poids qu'il convient de donner

"straddle evidence". In these reasons, I will discuss the appeals of both Mr. Gibson and Mr. MacDonald. The trial judge in Mr. Gibson's case summarized the three approaches taken by the courts with respect to straddle evidence ((2004), 225 N.S.R. (2d) 16, 2004 NSPC 40). According to the first approach, as held in *R. v. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542 (Ont. C.A.), expert evidence based on average elimination rates will suffice only if the entire range of blood alcohol levels does not exceed the legal limit; advocates of this view reject straddle evidence on the basis that it cannot raise a reasonable doubt. According to the second approach, the "prevailing direction" approach, as I understand it, straddle evidence can constitute evidence to the contrary if an elimination rate of 15 mg of alcohol per 100 ml of blood per hour, which is the midpoint of the range of elimination rates in the general population, places the accused at a level that does not exceed the legal limit. Finally, according to the third approach, the "some evidence" approach, if any part of the "straddle range" falls below the legal limit, the accused is entitled to an acquittal.

[84] I have read Charron J.'s reasons and I accept her description of the legislative scheme and the presumptions. She adopts the *Heideman* approach, which is the most stringent one. In my view, that approach does not take into account the current state of scientific expertise and the current wording of the *Criminal Code*. I have also read LeBel J.'s reasons. He would adopt a fourth approach that, although based on the prevailing direction approach, is narrower. With respect, I prefer a standard that gives greater guidance concerning its application and is consistent with the reasonable doubt rule. I adopt the prevailing direction approach. Evidence that tends to show that the blood alcohol concentration of the accused at the time of interception did not exceed the legal limit based on an elimination rate of 15 mg per hour, or on the actual elimination rate of the accused according to test results, will suffice to raise a reasonable doubt.

à la preuve relative à une fourchette alcoolémique chevauchant la limite légale (« chevauchement »). Nous examinerons les pourvois de MM. Gibson et MacDonald. Dans la cause de M. Gibson, le juge du procès a résumé les trois approches adoptées par les tribunaux au sujet de cette preuve ((2004), 225 N.S.R. (2d) 16, 2004 NSPC 40). Selon la première approche, fondée sur *R. c. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542 (C.A. Ont.), la preuve d'expert basée sur les taux moyens d'élimination ne suffira que si l'ensemble de la fourchette alcoolémique ne dépasse pas la limite légale; ceux qui adoptent ce point de vue rejettent la preuve de chevauchement au motif qu'elle ne peut soulever un doute raisonnable. Selon le deuxième mode d'analyse, à savoir l'approche de l'« orientation dominante », si j'ai bien compris, le chevauchement peut constituer une preuve contraire si le taux d'élimination de 15 mg d'alcool par 100 ml de sang par heure, qui représente le point milieu de la fourchette des taux d'élimination observés dans la population générale, situe l'alcoolémie de l'accusé à un niveau ne dépassant pas la limite légale. Enfin, selon la troisième approche, celle fondée sur la présence de « quelque élément de preuve », si une partie de la fourchette se trouve au-dessous de la limite légale, l'accusé a droit à l'acquittement.

[84] J'ai pris connaissance des motifs de la juge Charron et j'accepte son exposé du régime législatif et des présomptions. Elle adopte l'approche *Heideman*, qui est la plus stricte. À mon avis, cette approche ne tient pas compte de l'état actuel de l'expertise scientifique et du texte actuel du *Code criminel*. J'ai également pris connaissance des motifs du juge LeBel. Il adopterait une quatrième approche qui, même si elle est fondée sur celle de l'orientation dominante, est plus restreinte. Soit dit en tout respect, je préfère une norme qui donne plus de précisions quant à son application et qui respecte la règle du doute raisonnable. J'adopte l'approche de l'orientation dominante. La preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé, au moment de l'interpellation, ne dépassait pas la limite légale d'après le taux d'élimination de 15 mg par heure ou le taux réel d'élimination de l'accusé, mesuré par des tests, suffit pour soulever un doute raisonnable.

[85] Experts have an important role to play in drinking and driving trials. Courts rely on their expertise, because measuring the blood alcohol concentration of an accused clearly falls outside a judge's experience and knowledge: *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42. Expert testimony has been accepted for decades on the basis that it can raise a doubt as to whether the blood alcohol concentration of an accused was over the legal limit. An expert will typically give an opinion on the blood alcohol concentration of an accused by taking into consideration his or her sex, age, height and body weight, and the drinking pattern on the day of the alleged offence. The estimated blood alcohol concentration is, in most cases, based on average elimination rates between 10 mg per hour, for slower eliminators, and 20 mg, for faster eliminators. It is generally agreed that most people eliminate alcohol within that range. This type of expert evidence is presented as a range of blood alcohol levels which will either fall entirely below the legal limit or "straddle" that limit. Experts can also conduct post-offence tests in which they attempt to calculate the personal elimination rate of the accused, and then use that rate to estimate a blood alcohol concentration. What is at issue in these appeals is the probative value of straddle evidence and of elimination rates obtained from post-offence testing.

[86] In my view, the prevailing direction approach can be used to justify an acquittal, because the evidence presented at trial need only raise a reasonable doubt. "[A] reasonable doubt is a doubt based on reason and common sense which must be logically based upon the evidence or lack of evidence": *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 30 (emphasis added). The following comment by Fish J.A., as he then was, is apposite to the present appeals: "The 'evidence to the contrary' to which it refers must tend to show — but it need not prove — that the blood-alcohol level of the accused did not exceed the statutory limit at the relevant time. The exculpatory evidence, in other words, must have probative value, but it need not be so cogent as to persuade the court" (*R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90

[85] Les experts jouent un rôle important dans les procès mettant en cause l'alcool au volant. Les tribunaux se fient à leur expertise, car il est clair que la mesure de l'alcoolémie de l'accusé dépasse l'expérience et les connaissances des juges : *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 42. Depuis des décennies, il est accepté que les témoignages d'expert puissent soulever un doute quant à la question de savoir si l'alcoolémie de l'accusé dépasse la limite prescrite par la loi. En général, pour donner leur opinion sur l'alcoolémie d'un accusé les experts tiennent compte de son sexe, de son âge, de sa taille, de son poids et de son mode de consommation le jour de l'infraction reprochée. L'alcoolémie estimée est, dans la plupart des cas, fondée sur les taux moyens d'élimination variant entre 10 mg et 20 mg par heure selon que l'organisme de la personne élimine l'alcool lentement ou rapidement. Il est généralement reconnu que le taux d'élimination de la plupart des gens se situe dans cette fourchette. Ce type de preuve d'expert se présente sous la forme d'une fourchette alcoolémique qui peut se situer entièrement au-dessous de la limite légale ou chevaucher cette limite. Les experts peuvent aussi procéder à des tests après l'infraction, où ils essaient de calculer le taux d'élimination de l'accusé, puis d'estimer son alcoolémie à partir de ce taux. La question en litige dans les présents pourvois porte sur la force probante d'une preuve de chevauchement et des taux d'élimination mesurés par des tests faits après l'infraction.

[86] À mon avis, on peut recourir à l'approche de l'orientation dominante pour justifier un acquittement, car la preuve présentée au procès doit seulement soulever un doute raisonnable. « [U]n doute raisonnable est un doute fondé sur la raison et le bon sens, et qui doit reposer logiquement sur la preuve ou l'absence de preuve » : *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 30 (je souligne). Les remarques suivantes du juge Fish, siégeant alors à la Cour d'appel, sont pertinentes dans le cadre des présents pourvois : [TRADUCTION] « La "preuve contraire" dont il est question doit tendre à démontrer — sans devoir prouver — que l'alcoolémie de l'accusé, au moment pertinent, ne dépassait pas la limite prescrite par la loi. Autrement dit, la preuve disculpatoire doit avoir une force probante, mais

(Que. C.A.), at p. 92 (emphasis added; emphasis in original deleted)). Therefore, when an accused adduces straddle evidence, that evidence need not prove his or her blood alcohol level at the time of interception. It is sufficient that the evidence tends to show that the blood alcohol level of the accused did not exceed the legal limit at the material time.

[87] There is nothing arbitrary, imprecise or new about using an average elimination rate of 15 mg per hour as a marker when evaluating the probative value of straddle evidence. Dr. Jerry L. Malicky, Mr. MacDonald's expert, testified that *most* of the 5,000 people he has tested eliminated alcohol in the range between 15 mg and 20 mg. Dr. Malicky further indicated that the American Medical Association has adopted an average elimination rate of 18 mg and that the RCMP Crime Laboratory has adopted a rate of 15 mg. Dr. Malicky's expert testimony provides scientific information falling outside a judge's experience and knowledge according to which members of the general population tend to eliminate alcohol at a rate faster than 15 mg. Unless such evidence is undermined during cross-examination by a circumstance specific to the case that renders it inapplicable, or is contradicted by other expert evidence, a judge can acquit an accused if the prevailing direction of the straddle range favours a level that does not exceed the legal limit. A conclusion, based on an elimination rate of 15 mg, that the blood alcohol concentration of an accused did not exceed the legal limit would be based on credible and persuasive expert evidence. This evidence would tend to show that it is more likely than not that the blood alcohol level of the accused did not exceed that limit. The 15 mg marker offers an easily applicable standard on the basis of which an accused need only raise a reasonable doubt to the effect that his blood alcohol content may not have exceeded the legal limit.

[88] For this Court to accept Dr. Malicky's position would amount only to acknowledging the factual findings of trial judges across the country.

elle n'a pas à être solide au point de convaincre le tribunal » : *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (C.A. Qué.), p. 92 (je souligne; soulignement dans l'original omis). Par conséquent, lorsqu'un accusé présente une preuve de chevauchement, il n'est pas nécessaire que celle-ci établisse son alcoolémie au moment de l'interpellation. Il suffit qu'elle tende à démontrer que son alcoolémie ne dépassait pas la limite légale au moment des faits reprochés.

[87] L'utilisation du taux moyen d'élimination de 15 mg par heure comme point de repère pour l'évaluation de la force probante de la preuve d'alcoolémie chevauchante n'a rien d'arbitraire, d'imprécis ou de nouveau. M. Jerry L. Malicky, l'expert cité par M. MacDonald, a témoigné que le taux d'élimination de la *plupart* des 5 000 personnes à qui il a fait subir le test se situait entre 15 mg et 20 mg. Il a ajouté que l'American Medical Association a adopté un taux moyen d'élimination de 18 mg et que le laboratoire médico-légal de la GRC a adopté un taux moyen de 15 mg. Son témoignage d'expert fournit des renseignements scientifiques — qui dépassent l'expérience et les connaissances des juges — indiquant que la population générale tend à éliminer l'alcool plus rapidement que 15 mg d'alcool par heure. À moins qu'une telle preuve ne s'effondre en contre-interrogatoire, étant considérée comme inapplicable en raison d'une circonstance particulière à la cause ou minée par une preuve d'expert qui lui est contradictoire, un juge peut acquitter l'accusé si l'orientation dominante de la fourchette d'alcoolémie chevauchante tend à indiquer un niveau ne dépassant pas la limite légale. La conclusion que l'alcoolémie de l'accusé, selon le taux d'élimination de 15 mg, ne dépassait pas la limite légale repose sur une preuve d'expert crédible et convaincante. Cette preuve tend à démontrer que, selon toute vraisemblance, l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas cette limite. Le point de repère de 15 mg offre une norme facilement applicable selon laquelle l'accusé doit seulement soulever un doute raisonnable, à savoir que son alcoolémie a pu ne pas dépasser la limite légale.

[88] En acceptant la position de M. Malicky, la Cour ne fait que reconnaître les conclusions de fait des juges du procès dans tout le pays. R. Solomon

R. Solomon and E. Chamberlain note in "Calculating BACs for Dummies: The Real-World Significance of Canada's 0.08% Criminal BAC Limit for Driving" (2004), 8 *Can. Crim. L.R.* 219, at p. 232, that an elimination rate of 15 mg per hour "seems to be widely accepted as 'average' in Canada". These authors consider 15 mg to be a more conservative estimate than the figures used by the U.S. National Highway Traffic Safety Administration ("NHTSA") (p. 233). According to the NHTSA, the average elimination rate for moderate drinkers is 17 mg, whereas the average rate for heavy drinkers is 20 mg. The NHTSA also indicates that less than 20 percent of the population would exhibit an elimination rate of 12 mg (p. 230). These figures correspond to those of Dr. Malicky and suggest that most members of the general population tend to eliminate alcohol at a rate faster than 15 mg.

[89] Dr. Malicky's testimony is also consistent with the expert evidence endorsed by the Quebec and Saskatchewan courts of appeal. In *R. v. Déry*, [2001] Q.J. No. 3205 (QL) (C.A.), the expert evidence adduced at trial showed that the blood alcohol level of the accused would have been in a range straddling the legal limit. However, the expert testified that, according to his own and other scientific studies, an elimination rate of 15 mg per hour applied to 95 percent of the population. The Quebec Court of Appeal accordingly accepted that expert evidence based on an elimination rate of 15 mg could constitute evidence to the contrary: *Déry*, at paras. 28-32; *R. v. Bellemare*, [2001] Q.J. No. 3304 (QL) (C.A.), at paras. 15-20; *R. v. Nault*, [2001] Q.J. No. 3201 (QL) (C.A.), at paras. 19-22; *R. v. Thiffeault*, [2001] Q.J. No. 3198 (QL) (C.A.), at paras. 16-20. Similarly, in *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28 (Sask. C.A.), expert evidence showed that the range of the accused straddled the legal limit. However, the expert had testified at trial that, although the range straddled the legal limit, the blood alcohol content of the accused would, based on an average, have been 79 mg. The majority of the Saskatchewan Court of Appeal concluded that such evidence could constitute evidence to the contrary.

et E. Chamberlain, dans « Calculating BACs for Dummies : The Real-World Significance of Canada's 0.08% Criminal BAC Limit for Driving » (2004), 8 *R.C.D.P.* 219, p. 232, font observer que le taux d'élimination de 15 mg par heure [TRADUCTION] « semble être largement reconnu comme étant le taux "moyen" au Canada ». Selon ces auteurs, 15 mg représente une estimation plus prudente que les chiffres utilisés par la National Highway Traffic Safety Administration (« NHTSA ») aux États-Unis (p. 233). En effet, selon la NHTSA, le taux moyen d'élimination des personnes qui boivent modérément est de 17 mg, tandis que celui des grands buveurs s'élève à 20 mg. La NHTSA mentionne aussi que moins de 20 p. 100 de la population affiche un taux d'élimination de 12 mg (p. 230). Ces chiffres correspondent à ceux de M. Malicky et semblent indiquer que la majorité de la population générale tend à éliminer l'alcool plus rapidement que 15 mg par heure.

[89] Le témoignage de M. Malicky correspond aussi à la preuve d'expert approuvée par les cours d'appel du Québec et de la Saskatchewan. Dans *R. c. Déry*, [2001] J.Q. nº 3205 (QL) (C.A.), selon la preuve d'expert présentée au procès, l'alcoolémie de l'accusé se serait située dans une fourchette chevauchant la limite légale. L'expert a toutefois témoigné que d'après des études scientifiques — les siennes et celles d'autres auteurs — le taux d'élimination de 15 mg par heure s'appliquait à 95 p. 100 de la population. Pour cette raison, la Cour d'appel du Québec a accepté que la preuve d'expert fondée sur le taux d'élimination de 15 mg puisse constituer une preuve contraire : *Déry*, par. 28-32; *R. c. Bellemare*, [2001] J.Q. nº 3304 (QL) (C.A.), par. 15-20; *R. c. Nault*, [2001] J.Q. nº 3201 (QL) (C.A.), par. 19-22; *R. c. Thiffeault*, [2001] J.Q. nº 3198 (QL) (C.A.), par. 16-20. De même, dans l'affaire *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28 (C.A. Sask.), la preuve d'expert a révélé que la fourchette alcoolémique de l'accusé chevauchait la limite légale. Toutefois, au procès, l'expert a témoigné que, même si la fourchette chevauchait la limite légale, l'alcoolémie de l'accusé, d'après le taux moyen, aurait été de 79 mg. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan conclurent qu'une telle preuve pouvait constituer une preuve contraire.

[90] According to critics, straddle evidence is unpersuasive because it does not exonerate everyone, as it does so only for those who are not slow eliminators. They add that straddle evidence establishes a range of possible blood alcohol levels without indicating the actual level of the accused. These are legitimate concerns. However, as can be seen from Dr. Malicky's testimony, there is a body of scientific evidence that shows that members of the general population tend to eliminate alcohol at a rate faster than 15 mg per hour. It would therefore be speculative to assume, without any evidence, that a given accused is different from the majority of the general population and is a slow eliminator. Unless the scientific information that supports using 15 mg as a marker is contradicted by persuasive expert evidence, a judge should acquit if the prevailing direction of the straddle range favours a level that does not exceed the legal limit. The accused has no persuasive burden and accordingly does not need to prove that his or her blood alcohol level actually did not exceed the legal limit. This in turn means that the accused need not definitely establish that he or she is not a slow eliminator of alcohol.

[91] The prevailing direction approach affords the accused a defence that is sufficiently complete without requiring post-offence testing. As a matter of judicial policy, I agree with Charron J. that requiring accused persons to submit to drinking tests should not be encouraged by the courts. If an accused chooses to submit to post-offence testing, care should be taken to strike an appropriate balance between the need for the evidence and the concern for his or her safety and health. Nevertheless, post-offence testing is not, *per se*, irrelevant or lacking in probative value. I take issue with the view that since the conditions prevailing at the time of the offence cannot be replicated, there is nothing to be gained from post-offence testing. This view is unsupported by evidence. Just as evidence of average elimination rates in the general population is not discredited simply because such rates do not replicate the situation of an accused, evidence of post-offence testing designed to determine the

[90] Certains critiques soutiennent que la preuve de chevauchement n'est pas convaincante du fait qu'elle ne disculpe pas tout le monde — seulement les personnes dont l'organisme n'élimine pas lentement l'alcool. Selon eux, elle établit une fourchette d'alcoolémies possibles sans indiquer où se situe l'alcoolémie réelle de l'accusé. Ce sont là des préoccupations légitimes. Toutefois, comme il ressort du témoignage de M. Malicky, un ensemble d'éléments de preuve scientifiques montrent que la population générale tend à éliminer l'alcool plus rapidement que 15 mg par heure. Par conséquent, ce n'est qu'une conjecture que de conclure, sans aucune preuve, qu'un accusé est différent de la majorité de la population générale et que son organisme élimine plus lentement l'alcool. À moins qu'une preuve d'expert convaincante ne vienne contredire l'information scientifique selon laquelle l'utilisation de 15 mg comme point de repère est acceptable, le juge doit prononcer l'acquittement si l'orientation dominante du chevauchement tend à indiquer un niveau ne dépassant pas la limite légale. Aucune charge de persuasion n'incombe à l'accusé. Pour cette raison, il n'a pas à prouver qu'en fait son alcoolémie ne dépassait pas la limite légale. Cela signifie donc qu'il ne doit absolument pas établir qu'il n'élimine pas l'alcool lentement.

[91] L'approche de l'orientation dominante offre à l'accusé suffisamment de moyens de défense sans qu'il soit nécessaire d'exiger que des tests soient effectués après l'infraction. Pour des motifs de politique judiciaire, je conviens avec la juge Charron que les tribunaux ne devraient pas encourager la réalisation de tests où l'on force le sujet à boire. Si l'accusé choisit de se soumettre à des tests après l'infraction, il faut veiller à établir un juste équilibre entre la nécessité de produire une preuve et la protection de sa sécurité et de sa santé. Toutefois, les tests effectués après l'infraction ne sont pas, en eux-mêmes, dépourvus de pertinence ou de force probante. Je ne souscris pas à la déclaration que les tests effectués après l'infraction ne servent à rien puisqu'il est impossible de reproduire les conditions qui existaient au moment de l'infraction. Cette position n'est pas étayée par la preuve. Tout comme la preuve des taux moyens d'élimination observés dans la population générale n'est pas discréditée du

elimination rate of an individual accused should not be rejected for that reason alone. An elimination rate based on test results may constitute evidence that tends to show that an accused eliminates alcohol at a rate faster than 15 mg per hour. Although the weight given to post-offence testing may depend on a number of variables, this should not be interpreted as requiring replication of the conditions of absorption, which is an issue that arises in Mr. MacDonald's case.

simple fait qu'ils ne tiennent pas compte de la situation de l'accusé, la preuve que constituent les tests effectués après l'infraction pour déterminer le taux d'élimination d'un accusé ne doit pas être écartée pour cette seule raison. Un taux d'élimination mesuré par des tests peut constituer une preuve tendant à démontrer que l'accusé élimine l'alcool plus rapidement que 15 mg par heure. Même si le poids à accorder aux tests effectués après l'infraction peut dépendre d'un certain nombre de variables, il ne faut pas considérer que les conditions d'absorption doivent être reproduites exactement, question qui est soulevée dans la cause de M. MacDonald.

[92] I will now say a few words on the application of the principles to Mr. Gibson's case before turning to Mr. MacDonald's appeal.

[92] Je dirai d'abord quelques mots sur l'application des principes à la cause de M. Gibson, puis je passerai au pourvoi de M. MacDonald.

[93] At Mr. Gibson's trial, the expert for the defence testified that Mr. Gibson's blood alcohol content while he was driving would, based on average elimination rates, have been between 40 and 105 mg. The trial judge was satisfied that the prevailing direction of the range favoured a level that did not exceed the legal limit, and he believed that this was sufficient evidence for an acquittal. I agree. I would therefore allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal and restore the Nova Scotia Supreme Court's decision to affirm the trial judge's judgment acquitting Mr. Gibson on the charge of driving with a blood alcohol level exceeding the legal limit.

[93] Au procès de M. Gibson, l'expert cité par la défense a témoigné que, d'après les taux moyens d'élimination, l'alcoolémie de M. Gibson lorsqu'il était au volant s'établissait entre 40 et 105 mg. Le juge du procès était convaincu que l'orientation dominante de la fourchette tendait à indiquer un niveau ne dépassant pas la limite légale et il croyait la preuve suffisante pour justifier l'acquittement. Je partage cette opinion. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la décision de la Cour d'appel et de rétablir la décision de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse qui avait confirmé le jugement du juge du procès acquittant M. Gibson à l'égard de l'accusation de conduite avec une alcoolémie dépassant la limite légale.

[94] In Mr. MacDonald's case, Dr. Malicky testified that Mr. MacDonald's blood alcohol concentration would, based on average elimination rates, have been between 64 and 109 mg. However, Mr. MacDonald's post-offence test established that his blood alcohol content should have been 71 mg based on a personal elimination rate of 18.5 mg per hour.

[94] Dans la cause de M. MacDonald, M. Malicky a témoigné que l'alcoolémie de celui-ci, d'après les taux moyens d'élimination, se situait entre 64 et 109 mg. Cependant, selon les tests auxquels M. MacDonald a été soumis après l'infraction, son alcoolémie aurait dû être 71 mg compte tenu de son taux d'élimination de 18,5 mg par heure.

[95] The test conducted by Dr. Malicky involved absorbing, under fasting conditions, enough alcohol over a period of five minutes to get the subject's blood alcohol content into a target range of around 50 or 60 mg (A.R., at p. 80). Then, using

[95] Pour le test, M. Malicky a fait boire au sujet, à jeun, suffisamment d'alcool pendant cinq minutes pour que son alcoolémie atteigne la fourchette cible, entre 50 et 60 mg (d.a., p. 80). Puis, à l'aide d'un instrument approuvé, il a prélevé 11

an approved instrument, he took 11 samples of the subject's breath and prepared a graph showing the relationship between blood alcohol and time. He subsequently estimated the subject's elimination rate (A.R., at p. 78). Dr. Malicky also testified that he never uses beer as a testing beverage because it takes a significant amount of time for beer to be absorbed. He instead uses vodka mixed with soft drinks, which allows for fairly rapid absorption to occur. The use of vodka rather than beer insures that the subject has absorbed all the alcohol (A.R., at p. 73).

[96] As Solomon and Chamberlain point out, a blood alcohol concentration "is simply the ratio of the weight of pure alcohol in a given volume of blood" (p. 230 (emphasis added; emphasis in original deleted); see also p. 223). Consequently, using a liquid that contains 40 percent pure alcohol, like most types of liquor, instead of one that contains 5 percent, like most types of beer, or 12 percent, like many types of wine, will not affect the value of the test. Only "pure alcohol" is relevant for the purpose of determining the blood alcohol concentration. Moreover, post-offence testing under fasting conditions is less favourable to the accused: "If an individual eats before or while drinking, this would slow down the rate at which the alcohol is absorbed into the blood and, thus, lower the individual's peak [blood alcohol concentration]" (Solomon and Chamberlain, at p. 230 (emphasis added); see also p. 233 and A.R., at p. 73).

[97] Because Dr. Malicky was concerned with the elimination rate and not the absorption rate, he did not attempt to reproduce Mr. MacDonald's drinking pattern on the day of the alleged offence (A.R., at p. 81). Although he acknowledged that elimination rates can vary from occasion to occasion (A.R., at p. 70) and that the post-offence test may not represent Mr. MacDonald's rate of elimination at the material time (A.R., at p. 81), nothing in his testimony suggests that factors such as fasting or type of alcohol will lead to a higher elimination rate. The record is silent on how these variables affect elimination rates. I find it highly troubling and offensive for a court to impeach an expert's credibility by dismissing post-offence testing, without

échantillons d'haleine et a préparé un graphique indiquant le rapport entre l'alcoolémie et le temps. Il a par la suite estimé le taux d'élimination (d.a., p. 78). Il a aussi témoigné qu'il n'utilisait jamais de la bière pour ce genre de test parce que l'organisme met beaucoup de temps à absorber la bière. Il utilise plutôt de la vodka mélangée à une boisson gazeuse, ce qui permet une absorption assez rapide. L'utilisation de la vodka au lieu de la bière permet de s'assurer que le sujet a vraiment absorbé tout l'alcool (d.a., p. 73).

[96] Comme le font remarquer les auteurs Solomon et Chamberlain, l'alcoolémie [TRADUCTION] « est simplement le rapport entre le poids d'alcool pur présent dans un volume donné de sang » (p. 230 (je souligne; soulignement dans l'original omis); voir aussi p. 223). Par conséquent, qu'on utilise un liquide contenant 40 p. 100 d'alcool pur, comme la plupart des alcools, ou un liquide contenant 5 p. 100, comme la plupart des bières, ou 12 p. 100, comme la plupart des vins, cela ne change rien à la valeur du test. Seul l'« alcool pur » est pertinent pour la détermination de l'alcoolémie. Par ailleurs, les résultats des tests effectués après l'infraction alors que l'accusé est à jeun lui sont moins favorables : [TRADUCTION] « La nourriture ralentit l'absorption de l'alcool dans le sang et réduit l'alcoolémie maximale de l'individu » (Solomon et Chamberlain, p. 230 (je souligne); voir aussi p. 233 et d.a., p. 73).

[97] Comme M. Malicky se préoccupait du taux d'élimination et non du taux d'absorption, il n'a pas tenté de reproduire le mode de consommation de M. MacDonald le jour de l'infraction reprochée (d.a., p. 81). Certes, il reconnaît que les taux d'élimination peuvent varier d'une fois à l'autre (d.a., p. 70) et que le test effectué après l'infraction peut ne pas représenter le taux d'élimination de M. MacDonald au moment des faits reprochés (d.a., p. 81), mais rien dans son témoignage ne laisse entendre que des facteurs comme le jeûne ou le type d'alcool consommé entraînent un taux d'élimination plus élevé. Le dossier n'indique pas comment ces variables influent sur les taux d'élimination. Je trouve extrêmement troublant et offensant que les tribunaux mettent en

an indication that the testing conditions were inadequate, on the basis that it does not adequately replicate the conditions at the time of interception. Testing conditions are in the domain of experts, not of the courts. Courts need evidence in order to question the weight of expert testimony. Moreover, Dr. Malicky's testimony in other cases where the Crown questioned testing conditions demonstrates how perilous it is for courts to speculate that the result of a post-offence test is biassed in favour of an accused: *R. v. Milne* (2006), 43 M.V.R. (5th) 167, 2006 ABPC 331, and *R. v. Hughes*, [2007] A.J. No. 740 (QL), 2007 ABPC 180.

[98] It is open to the Crown to undermine the weight of evidence of post-offence testing by either cross-examining the expert or adducing contradictory expert evidence. The Crown failed to do so at Mr. MacDonald's trial. I am unable to conclude, based on the expert evidence presented in court, that Dr. Malicky's post-offence testing is unpersuasive. Although Mr. MacDonald's elimination rate according to Dr. Malicky's test may not be the same as his rate on the day of the offence, nothing in the record suggests that any variation between the actual and tested elimination rates would be material or would cast doubt on the usefulness of the expert evidence.

[99] Nevertheless, Dr. Malicky's post-offence tests can constitute evidence to the contrary only if Mr. MacDonald's consumption scenario is found to be credible. The trial judge made no express findings on whether he accepted Mr. MacDonald's testimony about his consumption. He rejected Dr. Malicky's evidence on the basis that the midpoint of the straddle range was above the legal limit and that the food and the type of alcohol consumed had not been taken into account in the post-offence tests. Since he had dismissed Dr. Malicky's expert testimony, the trial judge found Mr. MacDonald guilty without making any findings concerning his credibility. This Court cannot enter an acquittal, as a finding on Mr. MacDonald's credibility would

doute la crédibilité de l'expert en écartant les tests effectués après l'infraction parce qu'ils ne reproduisent pas exactement les conditions qui existaient le jour de l'interpellation, alors que rien n'indique l'insuffisance des conditions dans lesquelles se déroulent les tests. Les conditions des tests relèvent du domaine des experts et non de celui des tribunaux. Ceux-ci ont besoin de preuve pour mettre en doute les témoignages d'experts. De plus, le témoignage de M. Malicky dans d'autres causes où le ministère public remettait en question les conditions des tests démontre qu'il est dangereux pour les tribunaux de supposer que le résultat d'un test effectué après l'infraction est faussé en faveur de l'accusé : *R. c. Milne* (2006), 43 M.V.R. (5th) 167, 2006 ABPC 331, et *R. c. Hughes*, [2007] A.J. No. 740 (QL), 2007 ABPC 180.

[98] Le ministère public peut mettre en doute les tests effectués après l'infraction en contre-interrogeant l'expert ou en présentant une preuve d'expert qui contredit ces tests. Il ne l'a pas fait au procès de M. MacDonald. Me fondant sur la preuve d'expert présentée à l'audience, je ne peux conclure que les tests effectués par M. Malicky après l'infraction ne sont pas convaincants. Même si le taux d'élimination qu'il a mesuré par des tests peut ne pas être le même que le jour de l'infraction, rien dans le dossier n'indique que l'écart entre le taux d'élimination réel et celui mesuré par des tests est important ou jette un doute sur l'utilité de la preuve d'expert.

[99] Cependant, les tests effectués par M. Malicky après l'infraction ne peuvent constituer une preuve contraire que si le scénario de consommation de M. MacDonald est jugé crédible. Le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion expresse indiquant s'il acceptait le témoignage de M. MacDonald au sujet de sa consommation. Il a rejeté la preuve de M. Malicky parce que le point milieu du chevauchement se trouvait au-dessus de la limite légale et que les tests effectués après l'infraction ne prenaient pas en compte les aliments consommés et le type d'alcool absorbé. Comme il a rejeté le témoignage d'expert de M. Malicky, le juge du procès a déclaré M. MacDonald coupable sans formuler de conclusion quant à sa crédibilité. La Cour ne

have had to be made first. I would therefore allow the appeal, set aside the Court of Appeal's decision and order a new trial on the charge of driving with a blood alcohol level exceeding the legal limit.

peut prononcer l'acquittement, car il aurait d'abord fallu établir une conclusion sur la crédibilité de M. MacDonald. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la décision de la Cour d'appel et d'ordonner un nouveau procès à l'égard de l'accusation de conduite avec une alcoolémie dépassant la limite légale.

APPENDIX

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

258. (1) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or in any proceedings under subsection 255(2) or (3),

. . .

(*c*) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

(i) [Not in force]

(ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and, in the case of the first sample, not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken,

(iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) an analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of the results of the analyses so made is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was, where the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, where the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses;

(*d*.1) where samples of the breath of the accused or a sample of the blood of the accused have been taken as described in paragraph (*c*) or (*d*) under the

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

258. (1) Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou dans des poursuites engagées en vertu des paragraphes 255(2) ou (3) :

. . .

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, de l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies :

(i) [Non en vigueur]

(ii) chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction aurait été commise et, dans le cas du premier échantillon, pas plus de deux heures après ce moment, les autres l'ayant été à des intervalles d'au moins quinze minutes,

(iii) chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

(iv) une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié;

d.1) si les analyses visées aux alinéas *c*) ou *d*) montrent une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, le

conditions described therein and the results of the analyses show a concentration of alcohol in blood exceeding eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood, evidence of the result of the analyses is, in the absence of evidence tending to show that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed did not exceed eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood, proof that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed exceeded eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood;

(*g*) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), a certificate of a qualified technician stating

(i) that the analysis of each of the samples has been made by means of an approved instrument operated by the technician and ascertained by the technician to be in proper working order by means of an alcohol standard, identified in the certificate, that is suitable for use with an approved instrument,

(ii) the results of the analyses so made, and

(iii) if the samples were taken by the technician,

(A) [Not in force]

(B) the time when and place where each sample and any specimen described in clause (A) was taken, and

(C) that each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by the technician,

is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate;

Appeals dismissed, BINNIE *and* DESCHAMPS JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant Robert Albert Gibson: Arnold, Pizzo, McKiggan, Halifax; Pressé & Mason, Bedford, N.S.; Garson, Pink, Halifax.

Solicitors for the appellant Martin Foster MacDonald: Alan D. Gold Professional Corporation, Toronto.

résultat de l'analyse fait foi, en l'absence de preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, d'une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang;

g) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à une demande faite en vertu du paragraphe 254(3), le certificat d'un technicien qualifié fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du signataire, si le certificat du technicien qualifié contient :

(i) la mention que l'analyse de chacun des échantillons a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par lui et dont il s'est assuré du bon fonctionnement au moyen d'un alcool type identifié dans le certificat, comme se prêtant bien à l'utilisation avec cet alcootest approuvé,

(ii) la mention des résultats des analyses ainsi faites,

(iii) la mention, dans le cas où il a lui-même prélevé les échantillons :

(A) [Non en vigueur]

(B) du temps et du lieu où chaque échantillon et un spécimen quelconque mentionné dans la division (A) ont été prélevés,

(C) que chaque échantillon a été reçu directement de l'accusé dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par lui;

Pourvois rejetés, les juges BINNIE *et* DESCHAMPS *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant Robert Albert Gibson : Arnold, Pizzo, McKiggan, Halifax; Pressé & Mason, Bedford, N.-É.; Garson, Pink, Halifax.

Procureurs de l'appelant Martin Foster MacDonald : Alan D. Gold Professional Corporation, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen (31546): Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen (31613): Attorney General of Alberta, Calgary.

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

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine (31546) : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine (31613) : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

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

Roseanne Andrea Turningrobe *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* TURNINGROBE

Neutral citation: 2008 SCC 17.

File No.: 32202.

2008: April 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Charge to jury — First degree murder — Intoxication — Planning and deliberation — Trial judge's instructions may have confused jury about role of accused's intoxication in assessing intent, planning and deliberation — Curative proviso not applicable — New trial ordered.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J.A. and Hunt and O'Brien JJ.A.), [2007] 12 W.W.R. 64, 78 Alta. L.R. (4th) 220, 409 A.R. 334, 402 W.A.C. 334, 222 C.C.C. (3d) 417, [2007] A.J. No. 771 (QL), 2007 CarswellAlta 931, 2007 ABCA 236, upholding the accused's conviction for first degree murder. Appeal allowed.

Jennifer Ruttan and *Michael Bates*, for the appellant.

Goran Tomljanovic, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that the appeal should be allowed. Substantially for the reasons given by Fraser C.J.A., we conclude that the trial judge's instructions on planning and deliberation, including repeated references to capacity, may have confused the jury about the role

Roseanne Andrea Turningrobe *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* TURNINGROBE

Référence neutre : 2008 CSC 17.

N° du greffe : 32202.

2008 : 17 avril.

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

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

Droit criminel — Exposé au jury — Meurtre au premier degré — Intoxication — Préméditation — Directives du juge du procès pouvant avoir semé la confusion dans l'esprit des jurés au sujet du rôle de l'intoxication de l'accusée dans l'appréciation de l'intention et de la préméditation — Disposition réparatrice inapplicable — Nouveau procès ordonné.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Hunt et O'Brien), [2007] 12 W.W.R. 64, 78 Alta. L.R. (4th) 220, 409 A.R. 334, 402 W.A.C. 334, 222 C.C.C. (3d) 417, [2007] A.J. No. 771 (QL), 2007 CarswellAlta 931, 2007 ABCA 236, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

Jennifer Ruttan et *Michael Bates*, pour l'appelante.

Goran Tomljanovic, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu d'accueillir l'appel. Essentiellement pour les motifs exposés par la juge en chef Fraser, nous concluons que les directives du juge du procès concernant la préméditation, y compris les allusions répétées à la capacité, peuvent avoir semé la

of the accused's intoxication in assessing the intent, planning and deliberation required for first degree murder. We are unable to conclude that the result would necessarily be the same but for these errors, and therefore would decline to apply the curative proviso. We would therefore allow the appeal and order a new trial.

confusion dans l'esprit des jurés au sujet du rôle de l'intoxication de l'accusée dans l'appréciation de l'intention et de la préméditation requises pour qu'il y ait meurtre au premier degré. Étant donné que nous sommes incapables de conclure que le résultat aurait nécessairement été le même sans ces erreurs, nous refusons d'appliquer la disposition réparatrice. Par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Ruttan Bates, Calgary.

Procureurs de l'appelante : Ruttan Bates, Calgary.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Gurmakh Kang-Brown *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of British Columbia, Criminal Lawyers' Association (Ontario) and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* KANG-BROWN

Neutral citation: 2008 SCC 18.

File No.: 31598.

2007: May 22; 2008: April 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

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Bus stations — Police officer involved in special operation designed to detect drug couriers at bus stations observing suspicious passenger disembarking from bus — Officer approaching passenger and asking to inspect contents of his bag — Passenger starting to open bag when officer reached hand out — Passenger pulling bag back and acting nervously — Officer signaling to another officer with sniff dog to approach — Dog indicating presence of drugs in passenger's bag — Passenger arrested and drugs found on him and in his bag upon search — Whether dog sniff constituted search — If so, whether search reasonable — If search unreasonable, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Police — Police powers — Investigative tools — Sniffer dogs — Whether common law powers of police to investigate crime include use of sniffer dogs.

Gurmakh Kang-Brown *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association (Ontario) et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* KANG-BROWN

Référence neutre : 2008 CSC 18.

N° du greffe : 31598.

2007 : 22 mai; 2008 : 25 avril.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Gares d'autobus — Policier participant à une opération spéciale destinée à détecter les passeurs de drogue dans les gares d'autobus observant un passager suspect qui descend d'un autobus — Policier abordant le passager et lui demandant à voir le contenu de son sac — Policier tendant la main vers le sac au moment où le passager commence à l'ouvrir — Passager tirant le sac vers lui et manifestant de la nervosité — Policier faisant signe à un autre policier de s'amener avec son chien renifleur — Chien indiquant la présence de drogue dans le sac du passager — Passager mis en état d'arrestation et drogue découverte sur lui et dans son sac lors d'une fouille — L'intervention du chien renifleur constituait-elle une fouille? — Dans l'affirmative, la fouille était-elle non abusive? — Si la fouille était abusive, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Police — Pouvoirs policiers — Outils d'enquête — Chiens renifleurs — Le pouvoir d'effectuer des enquêtes criminelles que la common law confère aux policiers comprend-il celui d'utiliser des chiens renifleurs?

An RCMP officer involved in a special operation designed to detect drug couriers at bus stations observed a bus arriving at the station and the accused getting off. The accused gave the officer an elongated stare and went into the station lobby. He then turned and looked back at the officer, who found this behaviour suspicious. The officer eventually approached the accused, identified himself and told him that he was not in any trouble and was free to go at any time. The officer asked the accused if he was carrying narcotics. The accused said no. The officer then asked to look in the accused's bag. The accused put his bag down and was unzipping it when the officer went to touch the bag. The accused pulled it away, looking nervous. At that point, the officer signaled another officer with a sniffer dog to approach. The dog sat down, indicating the presence of drugs in the bag. The accused was arrested for possession of and/or trafficking in drugs. The accused was searched and drugs were found on his person and in his bag. The trial judge found that the accused was neither arbitrarily detained nor unlawfully searched and entered a conviction. She held that the odours from the bag, which emanated freely in a public transportation facility, did not constitute information in which the accused had a reasonable expectation of privacy and that s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was accordingly not engaged. The Court of Appeal upheld the conviction.

Held (Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

1. *Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ.: The police possess a common law power to search using drug sniffer dogs on the basis of a *Charter* compliant standard of reasonable suspicion.

Per Bastarache J.: The police possess a common law power to search using drug sniffer dogs on the basis of a *Charter* compliant standard of generalized suspicion.

Per LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: There was no authority at common law for the sniffer-dog search in this case.

2. *Per curiam*: The dog sniff of the passenger's bag at the bus station amounted to a search within s. 8 of the *Charter*.

Un agent de la GRC qui participait à une opération spéciale destinée à détecter les passeurs de drogue dans les gares d'autobus a observé un autobus qui arrivait et l'accusé qui en descendait. L'accusé a jeté un long regard au policier et s'est rendu dans le hall de la gare. Il s'est ensuite retourné et a regardé le policier, qui a jugé ce comportement suspect. En fin de compte, le policier a abordé l'accusé, s'est présenté à lui et lui a dit qu'il n'avait rien à lui reprocher et qu'il était libre de partir en tout temps. Le policier a demandé à l'accusé s'il transportait des stupéfiants. L'accusé a répondu par la négative. Le policier a alors demandé à voir l'intérieur du sac de l'accusé. L'accusé a déposé son sac et il en ouvrait la fermeture éclair lorsque le policier a tendu la main vers le sac. L'accusé a retiré le sac, paraissant nerveux. Le policier a alors fait signe à un autre policier de s'amener avec son chien renifleur. Le chien s'est mis en position assise, indiquant la présence de drogue dans le sac. L'accusé a été mis en état d'arrestation pour possession ou trafic de drogue, ou les deux à la fois. L'accusé a été fouillé et de la drogue a été découverte sur lui et dans son sac. La juge du procès a conclu que l'accusé n'avait été ni détenu de façon arbitraire ni soumis à une fouille illégale et elle a inscrit une déclaration de culpabilité. Elle a jugé que les odeurs provenant du sac, qui s'échappaient librement dans un établissement de transport public, ne constituaient pas un renseignement à l'égard duquel l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée, et que l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'appliquait donc pas. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité.

Arrêt (les juges Bastarache, Deschamps et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

1. *La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Rothstein : La common law reconnaît aux policiers le pouvoir d'effectuer des fouilles ou perquisitions à l'aide d'un chien renifleur en se fondant sur une norme des soupçons raisonnables conforme à la *Charte*.

Le juge Bastarache : La common law reconnaît aux policiers le pouvoir d'effectuer des fouilles ou perquisitions à l'aide d'un chien renifleur en se fondant sur une norme des soupçons généraux conforme à la *Charte*.

Les juges LeBel, Fish, Abella et Charron : La common law ne permettait pas d'effectuer la fouille à l'aide d'un chien renifleur en l'espèce.

2. *Per curiam* : L'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac du passager à la gare d'autobus constituait une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

3. *Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The sniffer-dog search of the passenger's bag at the bus station violated s. 8 of the *Charter.*

Per Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ.: The sniffer-dog search of the passenger's bag at the bus station did not violate s. 8 of the *Charter.*

4. *Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: In the circumstances of this case, the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter.*

Per Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ.: There is no need to determine whether the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* because the sniffer-dog search of the passenger's bag at the bus station did not violate s. 8.

Per LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The use of sniffer dogs constitutes a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*, and absent justified authority for such a search in a statute or at common law, the sniffer-dog search breached s. 8. Given the seriousness of the breach, the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter.* [1] [17]

It is undisputed that the search was not specifically authorized by statute. In determining whether the police were authorized at common law to conduct the search in fulfilment of their general duty to investigate crime, the threshold for the exercise of police powers should not be lowered to one of "reasonable suspicion" since, to do so, would impair the important safeguards found in s. 8 against unjustified state intrusion. The existing and well-established standard of "reasonable and probable grounds" should be applied. In this case, the search did not meet this standard. [1]

Any perceived gap in the present state of the law on police investigative powers arising from the use of sniffer dogs is a matter better left for Parliament. Jurisprudence-based solutions which would openly or implicitly advocate the creation of new common law rules reducing the standard of scrutiny of state intrusion into privacy do not represent an appropriate exercise of judicial power in the circumstances of this case. When rights and interests as fundamental as personal privacy and autonomy are at stake, the constitutional role of the Court suggests that the creation of a new and

3. *La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : La fouille du sac du passager effectuée à l'aide du chien renifleur à la gare d'autobus violait l'art. 8 de la *Charte.*

Les juges Bastarache, Deschamps et Rothstein : La fouille du sac du passager effectuée à l'aide du chien renifleur à la gare d'autobus ne violait pas l'art. 8 de la *Charte.*

4. *La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : Dans les circonstances de la présente affaire, il y a lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte.*

Les juges Bastarache, Deschamps et Rothstein : Il n'est pas nécessaire de déterminer s'il y a lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte* parce que la fouille du sac du passager effectuée à l'aide du chien renifleur à la gare d'autobus ne violait pas l'art. 8.

Les juges LeBel, Fish, Abella et Charron : L'utilisation d'un chien renifleur constitue une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte* et, en raison de l'absence dans la loi et la common law d'un pouvoir justifiant une telle fouille, la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur a violé l'art. 8. Vu la gravité de cette violation, la preuve doit être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte.* [1] [17]

Il est incontesté que la fouille n'était pas expressément autorisée par la loi. Pour déterminer si, dans l'accomplissement de leur devoir général d'effectuer des enquêtes criminelles, les policiers étaient autorisés par la common law à procéder à la fouille en question, il n'y a pas lieu d'assujettir l'exercice des pouvoirs policiers à la norme moins stricte des « soupçons raisonnables » puisque cela aurait pour effet de compromettre les importantes garanties que l'art. 8 offre contre les atteintes injustifiées de l'État. La norme existante et bien établie des « motifs raisonnables et probables » doit être appliquée. La fouille effectuée en l'espèce ne respectait pas cette norme. [1]

Il vaut mieux laisser au législateur le soin de résoudre la question — découlant de l'utilisation des chiens renifleurs — de toute lacune qui peut être perçue dans l'état actuel du droit en matière de pouvoirs d'enquête policière. Les solutions jurisprudentielles qui préconiseraient ouvertement ou implicitement l'établissement de nouvelles règles de common law qui abaisseraient la norme de contrôle applicable aux ingérences de l'État dans la vie privée des gens ne représentent pas un exercice approprié du pouvoir judiciaire dans les circonstances de la présente affaire. Lorsque des droits et des

more intrusive power of search and seizure should be left to Parliament to set up and justify under a proper statutory framework. [4] [6] [11] [13]

Per McLachlin C.J. and Binnie J.: A "sniff" amounts to a s. 8 search under the *Charter* because of the significance and quality of the information obtained about concealed contents, whether such contents are in a suspect's belongings or carried on his or her person. (In the present case, the positive "sniff" was itself considered sufficient by the RCMP to arrest the accused before even physically checking his bag to confirm the present of illegal drugs.) However, because of the minimal intrusion, contraband-specific nature and pinpoint accuracy of a sniff executed by a trained and well-handled dog, a proper balance between an individual's s. 8 rights and the reasonable demands of law enforcement would be struck by permitting such "sniff" searches on a "reasonable suspicion" standard without requiring prior judicial authorization. The sniff in this case was an unreasonable search since the RCMP officer did not have grounds for reasonable suspicion at the time the dog was called. [26] [58] [97]

Sniffer dogs have been in common use by police forces in Canada for the last 30 years or more. If the police have lawful authority to use sniffer dogs only when they already have reasonable grounds to believe contraband is present, sniffer dogs would be superfluous and unnecessary, i.e. because *ex hypothesi* the police already have the grounds to obtain a search warrant and would not require the confirmatory evidence of a dog. [21]

The difficult issue raised by this appeal is not the existence of a police power to investigate crime using sniffer dogs or any other lawful devices or technology in places where the police are lawfully entitled to be, but the extent to which the use of such devices or techniques or animals is permitted by s. 8 of the *Charter* and, if so, in what circumstances. It is emphatically the duty of the courts, not Parliament, to resolve the issue of *Charter* compliance. [23]

intérêts aussi fondamentaux que la vie privée et l'autonomie personnelles sont en jeu, le rôle confié à notre Cour par la Constitution tend à indiquer qu'il devrait appartenir au législateur de créer et de justifier, dans un cadre législatif approprié, un nouveau pouvoir plus envahissant de fouiller, perquisitionner et saisir. [4] [6] [11] [13]

La juge en chef McLachlin et le juge Binnie : L'intervention d'un chien renifleur constitue une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8 de la *Charte* en raison de l'importance et de la qualité des renseignements qu'elle permet d'obtenir au sujet des contenus dissimulés dans les effets personnels d'un suspect ou sur sa personne. (En l'espèce, les agents de la GRC ont jugé que l'indication positive donnée par le chien renifleur était suffisante en soi pour arrêter l'accusé avant même de vérifier son sac pour confirmer la présence de drogues illégales.) Cependant, à cause de l'atteinte minime portée, de la recherche ciblée d'articles interdits et de la grande fiabilité dont fait montre un chien dressé et bien utilisé, un juste équilibre entre les droits garantis à un individu par l'art. 8 et les impératifs raisonnables de l'application de la loi serait atteint si on permettait que ces fouilles ou perquisitions à l'aide d'un chien renifleur soient effectuées en fonction d'une norme des « soupçons raisonnables » sans qu'il soit nécessaire d'obtenir préalablement une autorisation judiciaire. L'intervention du chien renifleur en l'espèce constituait une fouille abusive étant donné que l'agent de la GRC n'était pas justifié d'avoir des soupçons raisonnables au moment où il a fait appel au chien. [26] [58] [97]

Au Canada, les services de police utilisent couramment des chiens renifleurs depuis au moins 30 ans. Si la loi ne permet le recours à un chien renifleur que dans le cas où les policiers ont déjà des motifs raisonnables de croire à la présence d'articles interdits, le chien renifleur devient alors superflu et inutile, du fait que les policiers sont déjà censés avoir les motifs requis pour obtenir un mandat les autorisant à effectuer une fouille ou perquisition et qu'ils n'ont pas besoin d'un chien pour confirmer la présence de ces articles. [21]

La question difficile que soulève le présent pourvoi n'est pas de savoir si les policiers peuvent effectuer des enquêtes criminelles à l'aide de chiens renifleurs ou de n'importe quels autres dispositifs ou techniques légitimes dans les endroits où ils ont le droit de se trouver. Il s'agit plutôt de savoir dans quelle mesure et, le cas échéant, dans quels cas l'art. 8 de la *Charte* autorise l'utilisation de ces dispositifs, techniques ou animaux. Il n'y a aucun doute qu'il appartient aux tribunaux, et non au législateur, de résoudre la question de la conformité avec la *Charte*. [23]

The "reasonable suspicion" standard is not a new juridical standard called into existence for the purposes of this case. "Suspicion" is an expectation that the targeted individual is possibly engaged in some criminal activity. A "reasonable" suspicion means something more than a mere suspicion and something less than a belief based upon reasonable and probable grounds. Because sniffer-dog searches are conducted without prior judicial authorization, the after-the-fact judicial scrutiny of the grounds for the alleged "reasonable suspicion" must be rigorous. Here, the police action was based on speculation. [26] [75]

It is common ground that what occurred at the bus station was a warrantless search, and therefore presumptively unreasonable. However, had the dog-sniff search been based on reasonable suspicion, the dog's positive alert would have given the police the grounds to proceed on the spot with a warrantless search of the accused's bag because of the dog's demonstrated accuracy 90 to 92 percent of the time. The RCMP accept that different dogs possess different abilities and track records and that "sniffer dogs" are not interchangeable. Proof must be made of the accuracy of a particular animal before police reliance is justified. This is another matter that should be established in the evidence (as it was here). In any event, given the dog alerts to the odour of narcotics, not to their actual presence, the arrest of the accused in this case was premature. The police should first have confirmed the presence of narcotics by a hand search of the bag. If reasonable cause had existed, and given the positive alert and the dog's history of accuracy, the RCMP would have been entitled to perform such a verification search on the spot and without prior judicial authorization. [48] [99] [101]

The trial judge erred in principle by incorporating and relying on much of her s. 8 privacy analysis in her s. 24(2) analysis, thereby engaging in a species of double-counting, and undermining the deference that would otherwise be owed to her conclusion to admit the evidence. The trial judge having been reversed on that aspect of her privacy analysis (for the reasons set out in *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19), the trial judge's continuing denial of a serious privacy interest should not be resuscitated as an independent ground to help the Crown over its s. 24(2) hurdle. While the evidence obtained in the illegal search was non-conscriptive, and was found by the trial judge to have been obtained by the RCMP in good faith, the

La norme des « soupçons raisonnables » n'est pas une nouvelle norme juridique créée pour les besoins de la présente affaire. Les « soupçons » sont une impression que l'individu ciblé se livre à une activité criminelle. Les soupçons « raisonnables » sont plus que de simples soupçons, mais ils ne correspondent pas à une croyance fondée sur des motifs raisonnables et probables. Étant donné que les fouilles à l'aide d'un chien renifleur ont lieu sans autorisation judiciaire préalable, l'examen après le fait que les tribunaux effectuent des motifs justifiant les prétendus « soupçons raisonnables » doit être rigoureux. L'intervention des policiers en l'espèce était fondée sur des hypothèses. [26] [75]

Personne ne conteste que la fouille effectuée à la gare d'autobus était une fouille sans mandat et qu'elle était donc présumée abusive. Cependant, si la fouille à l'aide du chien renifleur avait été effectuée sur la foi de soupçons raisonnables, l'indication positive donnée par le chien aurait justifié les policiers à procéder sur-le-champ à une fouille du sac de l'accusé, compte tenu du fait que l'animal était fiable 90 à 92 pour 100 du temps. La GRC reconnaît que les chiens n'ont pas tous les mêmes capacités et le même taux de réussite, et que les « chiens renifleurs » ne sont pas interchangeables. La fiabilité d'un animal doit être prouvée pour démontrer que les policiers sont justifiés de faire appel à cet animal. Il s'agit d'un autre élément qui doit (comme cela a été fait en l'espèce) être établi par la preuve. De toute façon, étant donné que le chien indique qu'il a détecté l'odeur d'un stupéfiant et non la présence d'une telle substance, l'arrestation de l'accusé était prématurée en l'espèce. Les policiers auraient d'abord dû confirmer la présence d'un stupéfiant en fouillant manuellement le sac. En raison de l'indication positive donnée par le chien et de la fiabilité qu'il a démontrée dans le passé, les agents de la GRC auraient pu, s'ils avaient eu des motifs raisonnables, procéder sur-le-champ à une telle fouille aux fins de vérification sans devoir préalablement obtenir une autorisation judiciaire. [48] [99] [101]

La juge du procès a commis une erreur de principe en s'appuyant dans une large mesure sur l'analyse du droit à la vie privée au regard de l'art. 8 qu'elle effectue dans son examen du par. 24(2), et en se livrant ainsi à une sorte de double prise en compte, ce qui a pour effet de miner la déférence à laquelle aurait par ailleurs droit sa décision d'admettre la preuve. Étant donné que la décision de la juge du procès a été infirmée en ce qui concerne cet aspect de son analyse du droit à la vie privée (et ce, pour les motifs énoncés dans l'arrêt *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19), son refus constant de reconnaître l'existence d'un droit sérieux à la vie privée ne devrait pas être à nouveau invoqué comme moyen indépendant d'aider le ministère public

evidence should nonetheless be excluded. The administration of justice would be brought into disrepute if the police, possessing an exceptional power to conduct a search on the condition of the existence of reasonable suspicion, and having acted in this case without having met the condition precedent, were in any event to succeed in adducing the evidence. Drug trafficking is a serious matter, but so are the constitutional rights of the travelling public. In the sniffer-dog cases, the police are given considerable latitude to act in the absence of any requirement of prior judicial authorization. The only effective check on that authority is the after-the-fact independent assessment and, on the facts here, the police initiated a warrantless search on inadequate grounds. [103-104]

Per Deschamps and Rothstein JJ. (dissenting): The use of a sniffer dog to check the accused's bag in a public bus terminal on the basis of a reasonable suspicion that evidence of an offence would be discovered was proper and did not constitute an unreasonable search or seizure. [107]

The accused had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*. Where the applicability of s. 8 is at issue, failure to consider whether the claimant had a reasonable expectation of privacy that engages s. 8 may constitute an error of law. If the trial judge carries out the reasonable expectation of privacy analysis, however, deference will be owed to his or her finding. Here, the trial judge erred in analysing the reasonableness of the accused's expectation of privacy by incorrectly finding that the purpose of the use of the sniffer dog was to identify odours outside of his bag. It is significant that the odours in and emanating from the accused's bag were imperceptible to humans; hence the need for a dog to detect the narcotics. This is not a case in which the police were relying on their own senses. Rather, they used the dog to obtain information about the possible presence of a controlled substance inside the accused's bag. By detecting what was in the air in the vicinity of the accused's bag, the dog functioned as an investigative tool that allowed the police to conclude, in light of the dog's 90 to 92 percent success rate, that there was a controlled substance inside the bag. [143] [173-174] [210]

à surmonter l'obstacle posé par le par. 24(2). Bien que la preuve résultant de la fouille illégale n'ait pas été obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même et qu'elle ait été recueillie de bonne foi par les agents de la GRC, comme l'a conclu la juge du procès, il y a néanmoins lieu d'écarter cette preuve. L'administration de la justice serait déconsidérée si les policiers — qui ont le pouvoir exceptionnel de procéder à une fouille ou à une perquisition à la condition d'avoir des soupçons raisonnables, mais qui ont agi en l'espèce sans respecter cette condition préalable — devaient en tout état de cause réussir à présenter la preuve en question. Le trafic de stupéfiants est une question sérieuse, mais la question des droits constitutionnels des voyageurs l'est tout autant. Dans les affaires relatives aux chiens renifleurs, les policiers disposent d'une grande latitude pour agir en l'absence d'exigence d'autorisation judiciaire préalable. L'appréciation indépendante après le fait constitue effectivement le seul moyen de contrôler ce pouvoir et, d'après les faits de la présente affaire, les policiers ont procédé à une fouille sans mandat pour des motifs insuffisants. [103-104]

Les juges Deschamps et Rothstein (dissidents) : L'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac de l'accusé dans une gare d'autobus — sur la foi de soupçons raisonnables que la preuve de l'existence d'une infraction serait découverte — était appropriée et ne constituait pas une fouille, perquisition ou saisie abusive. [107]

L'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l'art. 8 de la *Charte*. Dans le cas où l'applicabilité de l'art. 8 est en cause, l'omission de vérifier si le demandeur avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui fait intervenir l'art. 8 peut constituer une erreur de droit. Toutefois, si le juge du procès effectue l'analyse de l'attente raisonnable en matière de vie privée, il y a lieu de faire montre de déférence à l'égard de sa conclusion. En l'espèce, la juge du procès a commis une erreur en concluant à tort que le chien renifleur avait été utilisé pour identifier les odeurs à l'extérieur du sac de l'accusé. Fait important, les odeurs à l'intérieur du sac de l'accusé et celles qui en émanaient étaient imperceptibles aux humains, d'où la nécessité de recourir à un chien pour détecter les stupéfiants. Ce n'est pas un cas où les policiers se fiaient à leurs propres sens. Ils ont plutôt utilisé le chien pour recueillir des renseignements concernant la présence possible d'une substance réglementée à l'intérieur du sac de l'accusé. En décelant ce qu'il y avait dans l'air à proximité du sac de l'accusé, le chien a servi d'outil d'enquête qui a permis aux policiers de conclure — eu égard au taux de réussite du chien qui était de 90 à 92 pour 100 — que le sac contenait une substance réglementée. [143] [173-174] [210]

The dog's positive indication allowed for a strong, immediate and direct inference to be made about the contents of the accused's bag, and this involved a certain intrusion on informational privacy. The right to informational privacy protects biographical information, including the very nature of the information. In a case involving this right, the relevant elements of informational privacy include intimate personal details about an accused, such as his or her having come into contact with a controlled substance. The sniffer dog's intrusion on the accused's right to informational privacy thus suggests that the accused had an objectively reasonable expectation of privacy. Other factors support that conclusion. The accused owned and used the bag, he was present at the time of the search, the bag was one that could be carried close to the body, and he did not abandon it or leave it unattended. The conduct of the police in this case also intruded to a certain extent on the accused's right to territorial privacy: members of the public have historically used bus terminals to travel as a means of exercising their freedom of mobility, security screening was not done routinely in this terminal and there were no signs indicating that a luggage search was possible. Nevertheless, the accused's objectively reasonable expectation of privacy in this case was not high. The search in the present case was conducted in a public place. Moreover, the search technique employed by the police was only minimally intrusive. The accused also showed that he had a subjective expectation of privacy as evidenced by the facts that he had carried his bag close to his body and that he had sought, both verbally and physically, to control access to it. [175-178]

L'indication positive donnée par le chien a immédiatement et directement permis aux policiers de faire une forte inférence sur le contenu du sac de l'accusé, ce qui comportait une certaine atteinte au droit au respect du caractère privé des renseignements personnels. Le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels s'applique aux données biographiques, y compris la nature même de ces données. Dans une affaire où il est question de ce droit, les éléments pertinents qui sont protégés sont notamment les détails intimes concernant un accusé, tel le fait d'être entré en contact avec une substance réglementée. L'atteinte du chien renifleur au droit au respect du caractère privé des renseignements personnels indique donc que l'accusé avait une attente objectivement raisonnable en matière de vie privée. D'autres facteurs étayent cette conclusion. L'accusé était le propriétaire et l'utilisateur du sac et il était présent au moment de la fouille; de plus, le sac en question pouvait être porté près du corps et il n'a été ni abandonné ni laissé sans surveillance par l'accusé. Le comportement adopté par les policiers en l'espèce a aussi, dans une certaine mesure, porté atteinte au droit à la vie privée de l'accusé en ce qui a trait aux lieux : les voyageurs utilisent depuis longtemps les gares d'autobus pour exercer leur liberté de circulation; aucun contrôle de sécurité systématique n'était effectué dans la gare en question et aucune affiche n'indiquait que les bagages pouvaient être fouillés. Cependant, l'attente objectivement raisonnable que l'accusé avait en matière de vie privée dans la présente affaire n'était pas grande. En l'espèce, la fouille a été effectuée dans un lieu public. De plus, la technique de fouille utilisée par les policiers ne portait qu'une atteinte minime. L'accusé a aussi montré qu'il avait une attente subjective en matière de vie privée, comme en témoigne le fait qu'il avait transporté le sac près de son corps et qu'il avait tenté, tant verbalement que physiquement, d'en limiter l'accès. [175-178]

The search in this case was justified on the basis of the reasonable suspicion standard. This standard can be applicable only where there are circumstances that serve as safeguards against unreasonable intrusions on privacy and ensure a balance that affords proper protection. Consequently, a reasonable suspicion standard may be sufficient where the investigative technique is relatively non-intrusive and the expectation of privacy is not high. To determine whether the reasonable suspicion standard is met in a given case, the totality of the circumstances must be considered. [168] [195]

La fouille effectuée en l'espèce était justifiée selon la norme des soupçons raisonnables. Cette norme n'est applicable que dans une situation où il existe des garanties contre les atteintes abusives au droit à la vie privée et un équilibre qui assure une protection adéquate. La norme des soupçons raisonnables peut donc être suffisante lorsque la technique d'enquête est relativement peu envahissante et que l'attente en matière de vie privée n'est pas grande. Il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances pour décider si la norme des soupçons raisonnables est respectée dans un cas donné. [168] [195]

Here, the police were clearly acting in pursuit of their common law duty to investigate and prevent crime when they observed and questioned the accused and,

En l'espèce, il est évident que les policiers s'acquittaient de leur devoir de common law d'effectuer des enquêtes criminelles et de prévenir le crime au moment

subsequently, when they used the dog to detect the presence of narcotics. The powers associated with this duty were used in a way that met the standard of what is reasonably necessary in light of the totality of the circumstances. Given that the accused had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8, it would not have been reasonable for the police to use a sniffer dog to check his bag if they had no grounds for doing so. Although the trafficking of illegal drugs via public transportation is a serious problem, no evidence was adduced in this case that would support the random use of a sniffer dog to check the luggage of all bus travellers. However, with respect to the accused, the police had grounds for using the dog. The observation and questioning of the accused by the police officer resulted in "objectively discernible facts" that, in combination, aroused a reasonable suspicion that he was in possession of a controlled substance. It was only once the officer entertained reasonable suspicion that the well-trained and highly accurate sniffer dog became involved and was used as an investigative tool in furtherance of the police law enforcement duty. Not only did the accused have a lower expectation of privacy in the context of this case, but a number of safeguards were in place that limited the intrusiveness of the use of the sniffer dog. The dog was used in a public place and could only detect drugs that were identified as posing serious problems. It was used as a last resort in a progressive investigation and as a minimally intrusive investigative tool. Moreover, the police would not have been able to obtain a warrant, as the accused's behaviour suggested that he was growing increasingly nervous and was preparing to exit the terminal. In these circumstances, the reasonable suspicion standard constitutes a reasonably necessary, and therefore justifiable, use of police powers because it strikes an appropriate balance between the accused's reasonable privacy interest and society's interest in interdicting illicit substances carried on public transportation. [182-183] [185] [187] [189] [191]

The sniffer-dog search was conducted in a reasonable manner. In light of the totality of the circumstances, the police made limited and prudent use of a law enforcement tool that was available to them. Accordingly, the use of the sniffer dog in this case was in full compliance with s. 8 of the *Charter*. [197-199]

où ils observaient et questionnaient l'accusé et lorsque, par la suite, ils ont utilisé le chien pour détecter la présence de stupéfiants. Les pouvoirs liés à ce devoir ont été exercés d'une manière qui respectait la norme de ce qui est raisonnablement nécessaire eu égard à l'ensemble des circonstances. Étant donné que l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l'art. 8, il n'aurait pas été raisonnable que les policiers utilisent un chien renifleur pour vérifier son sac s'ils n'avaient eu aucun motif de le faire. Bien que le trafic de drogues illicites au moyen des transports publics soit un problème grave, on n'a produit en l'espèce aucune preuve qui justifierait l'utilisation au hasard d'un chien renifleur pour vérifier les bagages de toutes les personnes qui voyagent en autobus. Toutefois, en ce qui concerne l'accusé, les policiers avaient des motifs d'utiliser le chien en question. En observant et en questionnant l'accusé, le policier a relevé des « faits objectivement discernables » qui, pris ensemble, ont fait naître des soupçons raisonnables qu'il était en possession d'une substance réglementée. Ce n'est que lorsque le policier a eu des soupçons raisonnables que le chien renifleur bien dressé et très fiable est intervenu et que les policiers l'ont utilisé comme outil d'enquête dans l'exercice de leur fonction consistant à appliquer la loi. Dans le contexte de la présente affaire, l'accusé avait non seulement une attente moindre en matière de vie privée, mais encore il existait un certain nombre de garanties qui limitaient le caractère envahissant de l'utilisation du chien renifleur. Le chien a été utilisé dans un lieu public et il ne pouvait détecter que les drogues reconnues comme posant de graves problèmes. Il a été utilisé en dernier ressort dans le cadre d'une enquête progressive et en tant qu'outil d'enquête impliquant une atteinte minime. De plus, les policiers n'auraient pas été en mesure d'obtenir un mandat étant donné qu'il ressortait du comportement de l'accusé que celui-ci devenait de plus en plus nerveux et qu'il se préparait à sortir de la gare. Dans ces circonstances, l'application de la norme des soupçons raisonnables constitue un exercice de pouvoirs policiers raisonnablement nécessaire et donc justifiable du fait qu'il permet d'établir un juste équilibre entre le droit raisonnable de l'accusé à la vie privée et l'intérêt qu'a la société à empêcher que les transports publics servent au trafic de substances illicites. [182-183] [185] [187] [189] [191]

La fouille à l'aide du chien renifleur a été effectuée d'une manière non abusive. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, les policiers ont fait un usage limité et prudent d'un outil d'application de la loi dont ils disposaient. Par conséquent, l'utilisation du chien renifleur en l'espèce était tout à fait conforme à l'art. 8 de la *Charte*. [197-199]

It is clear from the evidence of the high accuracy rate of the dog in question that its positive indication of the presence of narcotics provided the police with reasonable grounds to arrest the accused and to search his bag by hand in a search incidental to arrest. Therefore, the accused's s. 8 rights were not infringed. [200]

Per Bastarache J. (dissenting): The dog sniff search constituted a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The accused had a reasonable, but limited, expectation of privacy in his luggage at the time the dog sniff occurred. Here, both a subjective and an objective expectation of privacy have been established. A subjective expectation of privacy is evidenced by the protective manner in which the accused carried his bag and his refusal to allow a voluntary search to occur. From an objective perspective, it is significant that the odour identified by the dog was not accessible to humans and that its detection provided immediate information about the contents of the accused's luggage. Although the accused did have a reasonable expectation of privacy in his luggage, it was significantly reduced owing to the location at which the search occurred. In a bus depot, a passenger is voluntarily using the terminal to access a public mode of transportation, and he or she is aware that the state has an interest in ensuring that that transportation system is both secure and not being used to further criminal activity. Nonetheless, privacy interests do not have to be of the highest form to attract s. 8 protection. [227-228] [231]

In this case, the requisite balancing of individual rights with the state interest in preventing and investigating crime supports a finding that a sniff search of luggage using a police dog will not be in violation of s. 8 of the *Charter* where the police are acting on a reasonable suspicion about the committal of a crime. The reduced expectation of privacy at public terminals, the minimal intrusion caused by the search itself, and the effectiveness of sniffer-dog searches all support a standard of "reasonable suspicion". In some situations, like this one, reasonable suspicion will relate to a particular individual, and the police will have gathered, through observation or other means, sufficient information about a specific person to justify a sniff search of his or her bags. Although the police in this case based their search on individualized suspicion, it would have been equally permissible for them to use sniffer dogs to search the luggage of all of the passengers at the bus station that day, providing that the police had a reasonable suspicion that drug activity might be occurring at

Il ressort de la preuve du taux de fiabilité élevé du chien en question que le fait qu'il a indiqué la présence de stupéfiants a donné aux policiers des motifs raisonnables d'arrêter l'accusé et de fouiller manuellement son sac dans le cadre d'une fouille accessoire à son arrestation. Par conséquent, les droits que l'art. 8 garantit à l'accusé n'ont pas été violés. [200]

Le juge Bastarache (dissident) : L'utilisation d'un chien renifleur constituait une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Au moment où le chien renifleur est intervenu, l'accusé avait une attente raisonnable, mais limitée, en matière de vie privée à l'égard de ses bagages. En l'espèce, l'existence d'une attente raisonnable, tant subjective qu'objective, en matière de vie privée a été établie. La façon dont l'accusé cherchait à protéger son sac en le transportant et son refus de consentir à une fouille volontaire témoignent de l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée. D'un point de vue objectif, il est important de souligner que l'odeur détectée par le chien était imperceptible aux humains et que sa détection a fourni immédiatement des renseignements sur le contenu des bagages de l'accusé. Bien que l'accusé ait eu une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de ses bagages, cette attente était beaucoup moindre en raison de l'endroit où la fouille a été effectuée. Dans une gare d'autobus, les passagers utilisent volontairement les lieux pour accéder à un mode de transport public, et ils savent que l'État a intérêt à veiller à ce que le système de transport soit sûr et non utilisé à des fins criminelles. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'être en présence de la forme la plus élevée de droit à la vie privée pour que la protection de l'art. 8 s'applique. [227-228] [231]

En l'espèce, il est permis de conclure, après avoir procédé à l'évaluation requise des droits des individus et de l'intérêt de l'État dans la prévention du crime et les enquêtes criminelles, que la fouille de bagages à l'aide d'un chien renifleur ne contrevient pas à l'art. 8 de la *Charte* lorsque les policiers agissent sur la foi de soupçons raisonnables qu'un crime est commis. Les attentes moindres en matière de vie privée dans les terminaux, l'atteinte minime portée par la fouille elle-même et l'efficacité des fouilles à l'aide d'un chien renifleur militent toutes en faveur de l'application d'une norme des « soupçons raisonnables ». Dans certains cas, comme la présente affaire, les soupçons raisonnables porteront sur un individu particulier, et les policiers auront recueilli, grâce à l'observation ou à d'autres méthodes, suffisamment de renseignements à son sujet pour justifier la fouille de ses bagages à l'aide d'un chien renifleur. Bien qu'en l'espèce les policiers aient effectué la fouille sur la foi de soupçons précis, ils auraient tout aussi bien pu utiliser des chiens renifleurs pour fouiller

the terminal, and reasonably informed passengers were aware of the fact that their baggage may be subject to a sniffer-dog search. [215] [243-244]

Because the accused's baggage was subjected to a sniffer-dog search as a result of individualized suspicion, it is unnecessary to determine conclusively whether a random search of his bag would have been constitutional. The trial judge found that the officer's suspicion with respect to the accused was in place before the sniff occurred and was based on objective facts. There is no reason to interfere with her finding on that point, and the search was therefore reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*. [255]

Cases Cited

By LeBel J.

Referred to: *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, [2007] 1 S.C.R. 429, 2007 SCC 10; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005).

By Binnie J.

Applied: *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19; **referred to:** *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67; *R. v. Dinh* (2003), 330 A.R. 63, 2003 ABCA 201; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Mercer* (2004), 45 Alta. L.R. (4th) 144, 2004 ABPC 94; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *R. v. Mack*, [1988]

les bagages de tous les passagers se trouvant dans la gare d'autobus ce jour-là, pourvu qu'ils aient eu des soupçons raisonnables qu'une activité liée à la drogue pouvait avoir lieu dans la gare, et que des passagers raisonnablement bien informés aient su que leurs bagages pouvaient faire l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur. [215] [243-244]

Étant donné que les bagages de l'accusé ont fait l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur sur la foi de soupçons précis, il n'est pas nécessaire de déterminer de façon concluante si une fouille au hasard de son sac aurait été constitutionnelle. La juge du procès a conclu que le policier avait des soupçons au sujet de l'accusé avant l'intervention du chien renifleur et que ses soupçons reposaient sur des faits objectifs. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion qu'elle a tirée à cet égard, et la fouille n'était donc pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. [255]

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, 2007 CSC 10; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005).

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67; *R. c. Dinh* (2003), 330 A.R. 63, 2003 ABCA 201; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Mercer* (2004), 45 Alta. L.R. (4th) 144, 2004 ABPC 94; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053;

2 S.C.R. 903; *R. v. Cahill* (1992), 13 C.R. (4th) 327; *Alabama v. White*, 496 U.S. 325 (1990); *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Ferris* (1998), 126 C.C.C. (3d) 298; *R. v. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47; *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1; *Reid v. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980); *R. v. Dinh* (2001), 284 A.R. 304, 2001 ABPC 48; *United States v. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989); *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968); *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *United States v. Eustaquio*, 198 F.3d 1068 (1999); *R. v. McCarthy* (2005), 239 N.S.R. (2d) 23, 2005 NSPC 49; *R. v. Schrenk* (2007), 215 Man. R. (2d) 212, 2007 MBQB 93; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30.

By Deschamps J. (dissenting)

R. v. A.M., [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19; *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)* (1998), 71 S.A.S.R. 223; *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32, rev'g (2005), 196 O.A.C. 16; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Boersma*, [1994] 2 S.C.R. 488; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312 ; *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. v. Woods*, [2005] 2 S.C.R. 205, 2005 SCC 42; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443; *R. v. Truong* (2002), 168 C.C.C. (3d) 132, 2002 BCCA 315; *People v. Dunn*, 564 N.E.2d 1054 (1990); *State v. Pellicci*, 580 A.2d 710 (1990); *McGahan v. State*, 807 P.2d 506 (1991); *Commonwealth v. Johnston*, 530 A.2d 74 (1987); *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197.

By Bastarache J. (dissenting)

R. v. A.M., [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003

R. c. Mack, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Cahill* (1992), 13 C.R. (4th) 327; *Alabama c. White*, 496 U.S. 325 (1990); *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Ferris* (1998), 126 C.C.C. (3d) 298; *R. c. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47; *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1; *Reid c. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980); *R. c. Dinh* (2001), 284 A.R. 304, 2001 ABPC 48; *United States c. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989); *Sibron c. New York*, 392 U.S. 40 (1968); *Florida c. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *United States c. Eustaquio*, 198 F.3d 1068 (1999); *R. c. McCarthy* (2005), 239 N.S.R. (2d) 23, 2005 NSPC 49; *R. c. Schrenk* (2007), 215 Man. R. (2d) 212, 2007 MBQB 93; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

R. c. A.M., [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19; *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)* (1998), 71 S.A.S.R. 223; *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32, inf. (2005), 196 O.A.C. 16; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Boersma*, [1994] 2 R.C.S. 488; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. c. Woods*, [2005] 2 R.C.S. 205, 2005 CSC 42; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443; *R. c. Truong* (2002), 168 C.C.C. (3d) 132, 2002 BCCA 315; *People c. Dunn*, 564 N.E.2d 1054 (1990); *State c. Pellicci*, 580 A.2d 710 (1990); *McGahan c. State*, 807 P.2d 506 (1991); *Commonwealth c. Johnston*, 530 A.2d 74 (1987); *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

R. c. A.M., [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003

SCC 30; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983).

Statutes and Regulations Cited

Australian Federal Police Act 1979 (Cth.), s. 12A.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 9, 10, 24(2).
Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 99(1)(*f*).
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2.
Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 (N.S.W.), ss. 145 to 150, 193 to 196.
Police Act, R.S.A. 2000, c. P-17, s. 38(1).
Police Powers and Responsibilities Act 2000 (Qld.), 2000, No. 6, ss. 34 to 39.
Police Powers and Responsibilities (Drug Detection Dogs) Amendment Act 2005 (Qld.), 2005, No. 63.
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1985, c. R-10, s. 18.

Authors Cited

Australia. New South Wales. *Discussion Paper: Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act.* Sydney: NSW Ombudsman, 2004.

Chevrette, François, and Hugo Cyr. "La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l'infraction et la peine la plus douce", in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 10-1.

Davis-Barron, Sherri. "The Lawful Use of Drug Detector Dogs" (2007), 52 *Crim. L.Q.* 345.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vols. 1 and 4, 4th ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004.

La Forest, Gérard V. "Judicial Lawmaking, Creativity and Constraints", in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997.* Winnipeg: Canadian Legal Historic Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, 3.

Pollack, Kenneth L. "Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime: Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard" (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803.

Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. "Suspicious Searches: What's so Reasonable About Them?" (1999), 24 C.R. (5th) 123.

Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *Brian Dickson: A Judge's Journey.* Toronto: University of Toronto Press, 2003.

CSC 30; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983).

Lois et règlements cités

Australian Federal Police Act 1979 (Cth.), art. 12A.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 9, 10, 24(2).
Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 (N.S.W.), art. 145 à 150, 193 à 196.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2.
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 18.
Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^{e} suppl.), art. 99(1)*f*).
Police Act, R.S.A. 2000, ch. P-17, art. 38(1).
Police Powers and Responsibilities Act 2000 (Qld.), 2000, No. 6, art. 34 à 39.
Police Powers and Responsibilities (Drug Detection Dogs) Amendment Act 2005 (Qld.), 2005, No. 63.

Doctrine citée

Australie. Nouvelle-Galles du Sud. *Discussion Paper : Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act.* Sydney : NSW Ombudsman, 2004.

Chevrette, François, et Hugo Cyr. « La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l'infraction et la peine la plus douce », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^{e} éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 1996, 521.

Davis-Barron, Sherri. « The Lawful Use of Drug Detector Dogs » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 345.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment*, vols. 1 and 4, 4th ed. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2004.

La Forest, Gérard V. « Judicial Lawmaking, Creativity and Constraints », in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997.* Winnipeg : Canadian Legal Historic Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, 3.

Pollack, Kenneth L. « Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime : Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard » (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803.

Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. « Suspicious Searches : What's so Reasonable About Them? » (1999), 24 C.R. (5th) 123.

Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *Brian Dickson : A Judge's Journey.* Toronto : University of Toronto Press, 2003.

Shaw, Trevor. "The Law on the Use of Police Dogs in Canada" (2004), 48 *Crim. L.Q.* 337.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, O'Leary and Paperny JJ.A.) (2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 391 A.R. 218, 377 W.A.C. 218, 210 C.C.C. (3d) 317, 39 C.R. (6th) 282, [2006] 9 W.W.R. 633, 144 C.R.R. (2d) 338, [2006] A.J. No. 755 (QL), 2006 CarswellAlta 794, 2006 ABCA 199, dismissing the accused's appeal from conviction (2005), 386 A.R. 48, 203 C.C.C. (3d) 132, 31 C.R. (6th) 231, [2005] A.J. No. 1110 (QL), 2005 CarswellAlta 1217, 2005 ABQB 608. Appeal allowed, Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting.

James M. Lutz and *Alias A. Sanders*, for the appellant.

Kenneth J. Yule, Q.C., *Jolaine Antonio* and *Lisa Matthews*, for the respondent.

Robert W. Hubbard and *Alison Wheeler*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Dominique A. Jobin and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Kenneth D. Madsen, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Frank Addario and *Emma Phillips*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Jonathan C. Lisus, *Christopher A. Wayland* and *Sarah Corman*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The reasons of LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. were delivered by

LeBel J. —

I. Introduction

[1] I have had the opportunity of reading the reasons of Binnie J. in this appeal and in the companion appeal *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19. Like him, I would allow the appeal, find that there was a violation of s. 8 of the *Canadian*

Shaw, Trevor. « The Law on the Use of Police Dogs in Canada » (2004), 48 *Crim. L.Q.* 337.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, O'Leary et Paperny) (2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 391 A.R. 218, 377 W.A.C. 218, 210 C.C.C. (3d) 317, 39 C.R. (6th) 282, [2006] 9 W.W.R. 633, 144 C.R.R. (2d) 338, [2006] A.J. No. 755 (QL), 2006 CarswellAlta 794, 2006 ABCA 199, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité (2005), 386 A.R. 48, 203 C.C.C. (3d) 132, 31 C.R. (6th) 231, [2005] A.J. No. 1110 (QL), 2005 CarswellAlta 1217, 2005 ABQB 608. Pourvoi accueilli, les juges Bastarache, Deschamps et Rothstein sont dissidents.

James M. Lutz et *Alias A. Sanders*, pour l'appelant.

Kenneth J. Yule, c.r., *Jolaine Antonio* et *Lisa Matthews*, pour l'intimée.

Robert W. Hubbard et *Alison Wheeler*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Dominique A. Jobin et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Kenneth D. Madsen, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Frank Addario et *Emma Phillips*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Jonathan C. Lisus, *Christopher A. Wayland* et *Sarah Corman*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française des motifs des juges LeBel, Fish, Abella et Charron rendus par

Le juge LeBel —

I. Introduction

[1] J'ai pris connaissance des motifs rédigés par le juge Binnie dans le présent pourvoi et le pourvoi connexe *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19. Je partage son avis que le pourvoi devrait être accueilli, qu'il y a eu violation de l'art. 8 de la

Charter of Rights and Freedoms and exclude the evidence under s. 24(2). However, I reach this conclusion for different reasons. I agree that the use of sniffer dogs constitutes a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The question on this appeal is whether the sniffer-dog search conducted in this case was "authorized by law". It is undisputed that the search was not specifically authorized by statute. The question becomes whether the police were authorized at common law to conduct the search in fulfilment of their general duty to investigate crime. Binnie J. concludes that, in the circumstances of this case, they were not so authorized. I agree. In answering this question, however, I would not lower the threshold for the exercise of police powers to one of "reasonable suspicion" since to do so would impair the important safeguards found in s. 8 of the *Charter* against unjustified state intrusion. I would apply the existing and well-established standard of "reasonable and probable grounds" to hold that the search did not meet this standard. In so holding, I acknowledge that the *Charter* does not prohibit the use of sniffer dogs or other investigative techniques by police; it does require, however, that they be used in accordance with the standards established by s. 8.

II. Analysis

[2] Of critical importance in situating the debate before this Court is the undisputed fact that the police had no reasonable and probable grounds to believe that Mr. Kang-Brown had drugs in his possession or that he had committed any other offence at the time they accosted him and effected the sniffer-dog search. The Crown seeks to rely, rather, on the *fruits* of the sniffer-dog search itself to establish the legality of Mr. Kang-Brown's arrest and consequent search of his bag. In other words, it is uncontested that on the present state of the law, without the benefit of the positive sniffer-dog search, Mr. Kang-Brown ought to have been left alone by state authorities.

Charte canadienne des droits et libertés et que la preuve devrait être écartée en application du par. 24(2). Toutefois, j'arrive à cette conclusion pour des motifs différents. Je conviens que l'utilisation d'un chien renifleur constitue une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*. La question que soulève le présent pourvoi est de savoir si la fouille à l'aide d'un chien renifleur était « autorisée par la loi ». Il est incontesté que la fouille n'était pas expressément autorisée par la loi. Il faut alors se demander si, dans l'accomplissement de leur devoir général d'effectuer des enquêtes criminelles, les policiers étaient autorisés par la common law à procéder à la fouille en question. Le juge Binnie conclut que, dans les circonstances de la présente affaire, ils ne l'étaient pas. Je partage son avis. Toutefois, pour répondre à cette question, j'estime qu'il n'y a pas lieu d'assujettir l'exercice des pouvoirs policiers à la norme moins stricte des « soupçons raisonnables » puisque cela aurait pour effet de compromettre les importantes garanties que l'art. 8 de la *Charte* offre contre les atteintes injustifiées de l'État. J'appliquerais la norme existante et bien établie des « motifs raisonnables et probables » pour conclure que la fouille effectuée ne la respectait pas. En tirant cette conclusion, je reconnais que la *Charte* n'interdit pas l'utilisation de chiens renifleurs ou d'autres techniques d'enquête policière; elle exige toutefois que cette utilisation demeure conforme aux normes établies par l'art. 8.

II. Analyse

[2] Le fait incontesté que les policiers n'avaient pas de motifs raisonnables et probables de croire que M. Kang-Brown avait de la drogue en sa possession ou qu'il avait commis quelque autre infraction au moment où ils l'ont abordé et où ils ont procédé à la fouille à l'aide du chien renifleur revêt une importance cruciale pour situer le débat devant notre Cour. Le ministère public tente plutôt d'invoquer les *fruits* de la fouille effectuée à l'aide du chien renifleur pour établir la légalité de l'arrestation de M. Kang-Brown et de la fouille subséquente de son sac. Autrement dit, personne ne conteste que, dans l'état actuel du droit, les représentants de l'État n'auraient pas pu importuner M. Kang-Brown s'ils n'avaient pas bénéficié des résultats positifs de la fouille à l'aide du chien renifleur.

[3] It is common ground that no statutory provision authorizes the sniffer-dog search that was conducted at the Calgary bus terminal. Nor was there common law authority to arrest Mr. Kang-Brown prior to the search being conducted. The issue is therefore whether this Court, in the absence of any legislative regime, should attempt to itself craft a lower standard than that set out in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, to govern the use of sniffer dogs by the police in public places such as a bus terminal or, as in *A.M.*, a school. This appears to be the suggestion of my colleague Binnie J. when he proposes a new standard of "reasonable belief or suspicion", the application of which would depend on the degree of intrusiveness of the investigative technique used in a particular case.

[4] Contrary to what Binnie J. asserts in his reasons, the issue of the role of the courts in respect of common law police powers is squarely before us on this appeal. Unlike him, however, I conclude that any perceived gap in the present state of the law on police investigative powers arising from the use of sniffer dogs is a matter better left for Parliament. The issue was raised by the parties in this Court and in the courts below. Indeed, it lies at the heart of the present litigation. Mr. Kang-Brown raised the arbitrariness of the search (factum, at para. 63). The Criminal Lawyers' Association of Ontario submitted that the constitutional requirements of reasonable and probable cause set out in *Hunter v. Southam* had to be met. Reasonable suspicion was raised at most as an alternative solution and not the preferred one. Even one of the Crown counsel, who was arguing that the dog sniff was not a search, in answer to a question from a member of our Court, stated that, if it was a search, "we're in uncharted waters". He added that "one has to strain to think of situations where the Court has said that something less than reasonable grounds suffices where it's a Section 8 search" (transcript, at p. 55). In *A.M.*, one of the grounds adopted by the Ontario Court of Appeal to quash the search of school premises was that the search was not authorized by the criminal

[3] Il est acquis qu'aucune disposition législative n'autorise la fouille à l'aide d'un chien renifleur qui a été effectuée à la gare d'autobus de Calgary. La common law ne permettait pas non plus d'arrêter M. Kang-Brown avant la fouille. La question est donc de savoir si, en l'absence de régime législatif, notre Cour devrait tenter de concevoir elle-même une norme moins stricte que celle énoncée dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, pour régir l'utilisation des chiens renifleurs par les policiers dans des endroits publics tels qu'une gare d'autobus ou une école, comme dans l'affaire *A.M.* C'est ce que semble affirmer mon collègue le juge Binnie lorsqu'il propose une nouvelle norme de la « croyance ou des soupçons raisonnables », dont l'application dépendrait du caractère envahissant de la technique d'enquête utilisée dans un cas particulier.

[4] Contrairement à ce que le juge Binnie affirme dans ses motifs, le présent pourvoi soulève directement la question du rôle des tribunaux à l'égard des pouvoirs que la common law confère aux policiers. Toutefois, contrairement à lui, je conclus qu'il vaut mieux laisser au législateur le soin de résoudre la question — découlant de l'utilisation des chiens renifleurs — de toute lacune qui peut être perçue dans l'état actuel du droit en matière de pouvoirs d'enquête policière. Les parties ont soulevé cette question devant notre Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure. En fait, celle-ci est au cœur du présent litige. Monsieur Kang-Brown a invoqué le caractère arbitraire de la fouille (mémoire, par. 63). La Criminal Lawyers' Association de l'Ontario a soutenu qu'il fallait satisfaire à l'exigence constitutionnelle de motifs raisonnables et probables énoncée dans l'arrêt *Hunter c. Southam*. La question des soupçons raisonnables a tout au plus été évoquée comme solution de rechange et non comme solution privilégiée. Même l'un des avocats du ministère public, qui prétendait que l'intervention du chien renifleur ne constituait pas une fouille, a répondu à un juge de notre Cour que, si elle constituait une fouille [TRADUCTION] « nous [serions] en terrain inconnu ». Il a ajouté qu'« il faut s'efforcer de songer à des situations où la Cour a affirmé qu'une norme moins exigeante

law or by the *Education Act* or subsidiary school policies.

[5] Courts make and change the law (*Canada (Attorney General) v. Hislop*, [2007] 1 S.C.R. 429, 2007 SCC 10, at paras. 83-87). Much of what is recognized as "law" is actually, in one form or another, judge-made law (G. V. La Forest, "Judicial Lawmaking, Creativity and Constraints", in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997* (2000), 3). The question is not whether this lawmaking power exists, but how and when it is appropriate to exercise the power.

[6] This question becomes particularly delicate when, in matters which engage key constitutional values and rights, courts decide to act as lawmakers because of perceived gaps in the law. Should the common law be used to fill such gaps? This Court has used it to do so in certain circumstances in the area of the law we are now considering, in cases like *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52 (investigative detentions), and, quite recently, *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32. These precedents do not mean that the Court should always expand common law rules, in order to address perceived gaps in police powers or apprehended inaction by Parliament, especially when rights and interests as fundamental as personal privacy and autonomy are at stake.

[7] Courts form part of the institutions of a democratic state where democratically elected legislatures debate and enact laws in an open public process. Courts are vital institutions particularly because the Constitution itself protects fundamental

que celle des motifs raisonnables est suffisante lorsqu'il est question d'une fouille visée par l'art. 8 » (transcription, p. 55). Dans l'affaire *A.M.*, l'un des motifs retenus par la Cour d'appel de l'Ontario pour invalider la fouille effectuée dans une école était que cette fouille n'était pas autorisée par le droit criminel, par la *Loi sur l'éducation* ou encore par les politiques subsidiaires des conseils scolaires.

[5] Les tribunaux créent et modifient le droit (*Canada (Procureur général) c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, 2007 CSC 10, par. 83-87). Une bonne partie de ce qui est reconnu comme du « droit » constitue en fait, sous une forme ou une autre, du droit prétorien (G. V. La Forest, « Judicial Lawmaking, Creativity and Constraints », dans R. Johnson et autres, dir., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997* (2000), 3). Il s'agit de savoir non pas si ce pouvoir de créer des règles de droit existe, mais plutôt comment et dans quels cas il convient de l'exercer.

[6] Cette question devient particulièrement délicate lorsque, dans des affaires mettant en cause des valeurs et des droits constitutionnels cruciaux, les tribunaux décident d'agir comme législateur à cause de lacunes perçues dans le droit. La common law devrait-elle servir à combler de telles lacunes? Notre Cour l'a parfois utilisée à cette fin dans le domaine du droit dont il est question en l'espèce, notamment dans l'arrêt *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52 (détentions aux fins d'enquête) et, tout récemment, dans l'arrêt *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32. Cette jurisprudence ne signifie pas que la Cour devrait toujours élargir les règles de common law pour combler les lacunes perçues des pouvoirs policiers ou pour dissiper la crainte d'inaction de la part du législateur, particulièrement lorsque des droits et des intérêts aussi fondamentaux que la vie privée et l'autonomie personnelles sont en jeu.

[7] Les tribunaux comptent parmi les institutions des démocraties où des assemblées législatives démocratiquement élues débattent et adoptent des lois de façon publique et transparente. Les tribunaux sont des institutions vitales

human rights. The Constitution does not belong to the courts, as McLachlin J. (as she then was) wisely said in her dissent in *Cooper*, but courts must remain alive and sensitive to the fact that they are ultimately the guardians of constitutional rules, principles and values when all else fails (*Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at para. 70).

[8] Section 8 of the *Charter* expresses one of the core values of our society: respect for personal privacy and autonomy. A significant proportion of *Charter* decisions have concerned the interpretation and application of s. 8. It may be said that our *Charter* jurisprudence was born with *Hunter v. Southam*, which remains one of the seminal judgments that, like *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, laid the groundwork for the interpretation of the *Charter* (see R. J. Sharpe and K. Roach, *Brian Dickson: A Judge's Journey* (2003), at pp. 312-16). Although the word "privacy" does not appear in the *Charter*, from the first days of its application, s. 8 evolved into a shield against unjustified state intrusions on personal privacy (*Hunter v. Southam*, at p. 160).

[9] Even before the *Charter* came into force, the courts were protective of privacy rights, although they tended to ground that protection in the notions of territoriality and of the relative sanctity of property interests (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), vol. 2, at p. 455). They modified this approach under the *Charter*, defining privacy interests as personal rights (Hogg, at p. 456; *Hunter v. Southam*, at pp. 158-59). This shift underscores the crucial importance of privacy interests in the interpretation of s. 8 (see La Forest J. in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 426-27; Bastarache J. in *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, at para. 16; F. Chevrette and H. Cyr, "La protection en matière de fouilles, perquisitions

notamment en raison du fait que la Constitution elle-même protège les droits fondamentaux de la personne. La Constitution n'appartient pas aux tribunaux, comme l'a judicieusement rappelé la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Cooper*, mais ils doivent demeurer attentifs et sensibles au fait qu'ils sont, en dernier ressort, les gardiens des règles, principes et valeurs constitutionnels lorsque toutes les autres démarches échouent (*Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 70).

[8] L'article 8 de la *Charte* énonce l'une des valeurs fondamentales de notre société : le respect de la vie privée et de l'autonomie personnelles. Une part appréciable des décisions touchant la *Charte* concerne l'interprétation et l'application de l'art. 8. Il est possible d'affirmer que notre jurisprudence relative à la *Charte* a pour point de départ l'arrêt *Hunter c. Southam*, lequel demeure l'un des arrêts charnières qui, à l'instar de l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et du *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, ont jeté les bases de l'interprétation de la *Charte* (voir R. J. Sharpe et K. Roach, *Brian Dickson : A Judge's Journey* (2003), p. 312-316). Bien que l'expression « vie privée » ne figure pas dans la *Charte*, l'art. 8 est devenu, dès les premiers arrêts portant sur son application, un bouclier contre les ingérences injustifiées de l'État dans la vie privée des gens (*Hunter c. Southam*, p. 160).

[9] Même avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, les tribunaux étaient soucieux de protéger le droit à la vie privée, quoiqu'ils aient eu tendance à fonder cette protection sur des notions de territorialité et d'inviolabilité relative du droit de propriété (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. 2007), vol. 2, p. 455). Avec l'avènement de la *Charte*, ils ont modifié cette approche en définissant les intérêts en matière de vie privée comme étant des droits personnels (Hogg, p. 456; *Hunter c. Southam*, p. 158-159). Ce changement fait ressortir l'importance cruciale que le droit à la vie privée revêt dans l'interprétation de l'art. 8 (voir le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 426-427; le juge Bastarache dans

et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l'infraction et la peine la plus douce", in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (3rd ed. 1996), 10-1, at pp. 10-72 and 10-94).

[10] The protection of privacy interests rests on the constraints, like the requirements of prior authorization and reasonableness, imposed on those conducting searches and seizures by the wording of s. 8 and by the courts in applying that section. The needs of law enforcement have to be taken into consideration and to be balanced with reasonable expectations of privacy. Nevertheless, in the leading cases on s. 8, the courts imposed significant constraints on intrusions on personal privacy by state agents. These constraints were found necessary because, as our Court found in *Hunter v. Southam*, "to determine the balance of the competing interests after the search had been conducted" amounts to an "[*ex*] *post facto* analysis [that] would . . . be seriously at odds with the purpose of s. 8". That purpose, our Court then emphasized, "requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place" (p. 160 (emphasis deleted)). Those constraints were — and in general still are, since this Court has never resiled from them — that there be a legal basis for the search or seizure in a statute or at common law, prior judicial authorization, and reasonable and probable cause. Departures from that constitutional framework had to be justified by the state. La Forest J. strongly stated the view that, as a matter of principle, common law police powers were narrow and their extension is better be left to Parliament (*R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at pp. 56-57). My concern is that the approach adopted by my colleagues in this case will in practice jeopardize critical elements of the constitutional rights guaranteed by s. 8 and of that section's underlying values. Perhaps somewhat ironically, this erosion process would derive not from state action or from the laws of

l'arrêt *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, par. 16; F. Chevrette et H. Cyr, « La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l'infraction et la peine la plus douce », dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (3e éd. 1996), 521, p. 595 et 618).

[10] La protection du droit à la vie privée repose sur les contraintes — telles les exigences d'autorisation préalable et de caractère raisonnable — auxquelles le texte de l'art. 8 et les tribunaux qui appliquent cet article assujettissent ceux et celles qui effectuent des fouilles, perquisitions et saisies. La nécessité de faire respecter la loi doit être prise en compte et soupesée en fonction des attentes raisonnables en matière de vie privée. Néanmoins, dans les décisions de principe relatives à l'art. 8, les tribunaux ont assorti de restrictions importantes les atteintes que des représentants de l'État peuvent porter au droit à la vie privée personnelle. Ces restrictions ont été jugées nécessaires parce que, comme notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, « déterminer la prépondérance des droits en concurrence après que la perquisition a été effectuée » constitue une « analyse après le fait [qui] entrerait sérieusement en conflit avec le but de l'art. 8 ». Notre Cour a ensuite souligné que ce but « requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées » (p. 160 (soulignements omis)). Ces restrictions consistaient et, n'ayant jamais été écartées par notre Cour, consistent généralement à exiger que la fouille, perquisition ou saisie soit fondée sur la loi ou la common law, qu'elle soit préalablement autorisée par un tribunal et qu'il existe des motifs raisonnables et probables de l'effectuer. L'État devait justifier toute dérogation à ce cadre constitutionnel. Le juge La Forest s'est fermement dit d'avis qu'en principe les pouvoirs conférés aux policiers par la common law étaient limités et qu'il valait mieux laisser au législateur le soin de les élargir (*R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 56-57). Je crains que l'approche adoptée par mes collègues en l'espèce

Parliament, but from decisions of the courts themselves.

[11] These considerations lead me back to the central question in the present appeal: the proper performance of the courts' lawmaking function. In my opinion, the jurisprudence-based solutions advanced in the reasons of certain of my colleagues, who openly or implicitly advocate the creation of new common law rules reducing the standard of scrutiny of state intrusion into privacy, do not represent an appropriate exercise of judicial power in the circumstances of this appeal and of the companion appeal in *A.M.*

[12] The common law has long been viewed as a law of liberty. Should we move away from that tradition, which is still part of the ethos of our legal system and of our democracy? This case is about the freedom of individuals and the proper function of the courts as guardians of the Constitution. I doubt that it should lead us to depart from the common law tradition of freedom by changing the common law itself to restrict the freedoms protected by the Constitution under s. 8 of the *Charter.*

[13] The standard for search and seizure operations in Canadian law has generally been reasonable and probable cause, with or without judicial preauthorization depending on the exigency of the circumstances. At paras. 77-78 of his reasons in *A.M.*, Binnie J. mentions a number of statutory exceptions to that standard, some of which have been challenged before the courts. I have already referred to the decisions of our Court in *Mann* and *Clayton.* Other situations could arise where the constitutionality of a search and seizure operation might be upheld in the absence of statutory authority. One might think for example about exigent

ait, en pratique, pour effet de compromettre certains aspects essentiels des droits constitutionnels garantis par l'art. 8 et des valeurs qui sous-tendent cet article. Il se pourrait, assez ironiquement d'ailleurs, que ce processus d'érosion découle non pas d'un acte de l'État ou des lois du Parlement, mais plutôt de décisions émanant des tribunaux eux-mêmes.

[11] Ces considérations me ramènent à la question qui se situe au cœur du présent pourvoi : l'exercice approprié par les tribunaux de leur rôle de création de règles de droit. À mon avis, les solutions jurisprudentielles proposées dans les motifs de certains de mes collègues, qui préconisent ouvertement ou implicitement l'établissement de nouvelles règles de common law qui abaisseraient la norme de contrôle applicable aux ingérences de l'État dans la vie privée des gens, ne représentent pas un exercice approprié du pouvoir judiciaire dans les circonstances du présent pourvoi et du pourvoi connexe *A.M.*

[12] La common law est depuis longtemps considérée comme une loi de liberté. Devrions-nous nous écarter de cette tradition, qui appartient toujours aux valeurs de notre système juridique et de notre démocratie? Il est question en l'espèce de la liberté des individus et du rôle légitime des tribunaux en tant que gardiens de la Constitution. Je ne suis pas persuadé que cela devrait nous amener à écarter la tradition de liberté de la common law en modifiant la common law elle-même afin de restreindre les libertés constitutionnelles garanties par l'art. 8 de la *Charte.*

[13] En droit canadien, la norme généralement appliquée en matière de fouilles, perquisitions et saisies — assorties ou non d'une autorisation judiciaire préalable, selon l'urgence de la situation — est celle fondée sur l'existence de motifs raisonnables et probables. Aux paragraphes 77-78 de ses motifs dans l'arrêt *A.M.*, le juge Binnie fait état d'un certain nombre d'exceptions légales à cette norme, dont certaines ont été contestées devant les tribunaux. J'ai déjà mentionné les décisions de notre Cour dans les affaires *Mann* et *Clayton.* Il pourrait se présenter d'autres cas où la constitutionnalité d'une fouille, perquisition ou saisie non

circumstances relating to apprehended terrorist activities. Nevertheless, given the critical nature of the privacy interests at stake and the weakness of the factual foundation in this appeal and in the companion appeal of *A.M.*, the constitutional role of the Court suggests that the creation of a new and more intrusive power of search and seizure, as is being proposed in some of the opinions in this appeal, should be left to Parliament to set up and justify under a proper statutory framework.

[14] A statutory provision on the appropriate use of sniffer dogs in law enforcement on grounds that fall short of the standard established in *Hunter v. Southam* might require justification under s. 1, but state action would not be foreclosed so long as the standard for justification was met under the relevant constitutional test. A requirement that Parliament act first would put the courts in a better position to address the competing interests at play and would ensure that the justification process meets constitutional standards. The extension of common law police powers as proposed in this case would shortcut the justification process and leave the Court to frame the common law rule itself without the full benefit of the dialogue and discussion that would have taken place had Parliament acted and been required to justify its action.

[15] Moreover, this is a case where the courts are ill-equipped to develop an adequate legal framework for the use of police dogs. In determining where the proper balance lies between the protection of privacy and effective law enforcement, the courts will be hampered by the fact that little is known about investigative techniques using sniffer dogs. Indeed, the record remains singularly bereft of useful information about sniffer dogs. The available information is in essence limited to the facts that they are used for investigative purposes in a variety of circumstances and that police officers

autorisée par un texte législatif pourrait être confirmée. On pourrait penser, par exemple, à une situation d'urgence liée à la crainte d'activités terroristes. Toutefois, en raison de l'importance cruciale du droit à la vie privée en cause et de la faiblesse du fondement factuel du présent pourvoi et du pourvoi connexe *A.M.*, le rôle confié à notre Cour par la Constitution tend à indiquer qu'il devrait appartenir au législateur de créer et de justifier, dans un cadre législatif approprié, un nouveau pouvoir plus envahissant de fouiller, perquisitionner et saisir, comme celui qui est proposé dans certains motifs exposés en l'espèce.

[14] Une disposition législative qui assujettirait l'utilisation des chiens renifleurs pour faire respecter la loi à l'existence de motifs ne respectant pas la norme établie dans l'arrêt *Hunter c. Southam* pourrait devoir être justifiée au regard de l'article premier, mais l'État ne serait pas empêché d'agir pour autant que la norme de justification soit respectée selon la grille d'analyse constitutionnelle pertinente. Obliger le législateur à intervenir en premier permettrait aux tribunaux d'être mieux en mesure de tenir compte des intérêts opposés qui sont en jeu et ferait en sorte que le processus de justification respecte les normes constitutionnelles. Élargir les pouvoirs que la common law confère aux policiers, comme on propose de le faire en l'espèce, aurait pour effet de couper court au processus de justification et de laisser la Cour établir elle-même la règle de common law sans avoir pleinement bénéficié du dialogue et des analyses qui auraient eu lieu si le législateur était intervenu et avait été tenu de justifier son intervention.

[15] De plus, nous sommes en présence d'un cas où les tribunaux ne disposent pas des outils nécessaires pour établir un cadre juridique adéquat pour l'utilisation des chiens renifleurs. Le fait d'avoir une connaissance limitée des techniques d'enquête faisant appel à des chiens renifleurs réduit la capacité des tribunaux de déterminer où se situe le juste équilibre entre la protection du droit à la vie privée et l'application efficace de la loi. En réalité, dans le présent pourvoi, le dossier est particulièrement pauvre en renseignements utiles concernant les chiens renifleurs. L'information disponible se

believe in their overall reliability and to the praise of a particular dog deployed at the Calgary bus station. From the record, however, and from some of the authorities cited by the parties, it appears that serious doubt has occasionally been cast on the reliability of sniffer dogs (see, for example, the dissent of Souter J. of the U.S. Supreme Court in *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005), at pp. 410-13; see also New South Wales Ombudsman, *Discussion Paper: Review of Police Powers (Drug Detection Dogs) Act* (June 2004)). Despite this inadequate record, this Court is nonetheless being asked to curtail *Charter* rights for fear of leaving a void in the law and interfering with the use of a fairly widespread police investigative technique. The Court would create a new common law rule on the basis of little more than unverified and, for us in this appeal, unverifiable assumptions.

[16] Courts ought to avoid relying on such a weak and inadequate record as a basis for justifying an intrusion on privacy rights. A downgrading of the standard of reasonable and probable cause to a standard of reasonable suspicion in these circumstances and on the basis of this record might lead to an even looser test of "generalized suspicion", which is in fact the standard adopted by one of the dissenting judges in this appeal. It would also tend to limit privacy rights to the possibility of obtaining some kind of remedy after the fact. Perfunctory excuses would be of little comfort to passengers and passers-by inconvenienced by an unfounded sniff and its consequences. The result would verge on honouring reasonable and probable cause in principle, while gutting it in practice through an even wider use of a standard of reasonable suspicion.

[17] For these reasons, I would not attempt to create or discover a common law police power to

limite essentiellement au fait que ces chiens sont utilisés aux fins d'enquête dans diverses circonstances et que les policiers croient qu'ils sont généralement fiables, et aux éloges dont fait l'objet un chien qui a été utilisé à la gare d'autobus de Calgary. Il ressort toutefois du dossier et de certains arrêts et textes de doctrine cités par les parties que la fiabilité des chiens renifleurs a parfois été sérieusement mise en doute (voir, par exemple, les motifs dissidents du juge Souter de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005), p. 410-413; voir également New South Wales Ombudsman, *Discussion Paper : Review of Police Powers (Drug Detection Dogs) Act* (juin 2004)). Malgré ce dossier insuffisant, on demande néanmoins à la Cour de réduire la portée de certains droits garantis par la *Charte* pour éviter de créer un vide juridique et d'entraver l'utilisation d'une technique d'enquête policière assez répandue. La Cour établirait une nouvelle règle de common law tout au plus sur la base d'hypothèses non vérifiées et — en ce qui nous concerne dans le présent pourvoi — invérifiables.

[16] Les tribunaux doivent éviter de s'appuyer sur des dossiers aussi faibles et insuffisants pour justifier une atteinte au droit à la vie privée. Assouplir la norme applicable en la faisant passer de la norme des motifs raisonnables et probables à celle des soupçons raisonnables dans les présentes circonstances et sur la foi du présent dossier pourrait mener à la norme encore moins stricte des « soupçons généraux », qui est d'ailleurs adoptée par l'un des juges dissidents dans le présent pourvoi. Un tel assouplissement tendrait aussi à limiter le respect du droit à la vie privée à la seule possibilité d'obtenir une quelconque réparation après le fait. Des excuses superficielles constitueraient une maigre consolation pour les passagers et les passants incommodés par une fouille injustifiée à l'aide d'un chien renifleur et par les conséquences d'une telle fouille. On arriverait presque ainsi à respecter en principe la norme des motifs raisonnables et probables, tout en la vidant en pratique de sa substance par un recours de plus en plus fréquent à une norme des soupçons raisonnables.

[17] Pour ces motifs, je ne tenterais pas de créer ou de découvrir un pouvoir policier de common

use sniffer dogs in investigating potential lawbreakers. Absent justified authority for such a search in a statute or at common law, I would hold that s. 8 was breached. Given the seriousness of the breach, I agree with Binnie J. that the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, the appeal should be allowed and the conviction should be set aside.

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

BINNIE J. —

I. Introduction

[18] The question raised by this appeal is whether travellers are entitled to pass through the Calgary public bus terminal without having their bags subjected to a random and speculative sniffer-dog search in pursuit of contraband. If in general they are free to do so, the question is whether the police possess the power, in fulfilment of their duty to investigate crime, to make use of sniffer dogs to search the bags for drugs. This case involves routine crime investigation. It does not involve explosives, guns or other public safety concerns.

[19] The appeal and the companion case of *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19, have polarized the Court. My colleague Bastarache J. analogizes privacy expectations in a local bus station to the reduced expectations of privacy associated with border crossings and international airports. He concludes that a "generalized suspicion" about the presence of drugs is sufficient to justify the deployment of sniffer dogs in bus stations without offending s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which protects "everyone" against "unreasonable search or seizure".

law autorisant l'utilisation de chiens renifleurs pour enquêter sur des délinquants potentiels. Compte tenu de l'absence dans la loi et la common law d'un pouvoir justifiant une telle fouille, j'estime qu'il y a eu violation de l'art. 8. Vu la gravité de cette violation, je suis d'avis, tout comme le juge Binnie, que la preuve doit être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, que le pourvoi doit être accueilli et que la déclaration de culpabilité doit être annulée.

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

LE JUGE BINNIE —

I. Introduction

[18] La Cour est appelée en l'espèce à décider si les voyageurs ont le droit de transiter par la gare d'autobus de Calgary sans que des policiers procèdent, au hasard et sur la base d'hypothèses, à une fouille de leurs bagages à l'aide d'un chien renifleur dans le but de déceler la présence d'articles interdits ou de marchandises de contrebande. À supposer qu'ils aient ce droit en général, la question est alors de savoir si, dans l'accomplissement de leur devoir d'effectuer des enquêtes criminelles, les policiers ont le pouvoir d'utiliser des chiens renifleurs pour effectuer une fouille de bagages destinée à déceler la présence de drogue. Il est question en l'espèce d'une enquête criminelle de routine. Il n'est pas question d'explosifs, d'armes à feu ou d'autres problèmes de sécurité publique.

[19] Le présent pourvoi et le pourvoi connexe *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19, ont polarisé la Cour. Mon collègue le juge Bastarache établit une analogie entre les attentes en matière de vie privée dans une gare d'autobus locale et les attentes moindres que les voyageurs ont, à cet égard, aux passages frontaliers et dans les aéroports internationaux. Il conclut que des « soupçons généraux » concernant la présence de drogue suffisent pour justifier l'utilisation de chiens renifleurs dans des gares d'autobus sans qu'il y ait contravention à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui prévoit que « chacun » a droit à la protection contre « les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ».

[20] My colleague LeBel J., on the other hand, would deny the existence of a police power to use sniffer dogs for searches in the circumstances of these cases in the absence of "prior judicial authorization, and reasonable and probable cause" (para. 10). Any different standard "should be left to Parliament to set up and justify under a proper statutory framework" (para. 13).

[21] For reasons to be discussed, I do not agree with either polarized position. "Generalized suspicion" would, in my respectful view, open the floodgates to sniffer dogs everywhere. On the other hand, the "leave it to Parliament" approach ducks a practical and immediate problem facing law enforcement. Sniffer dogs have been in common use by police forces in Canada for the last 30 years or more. If the police have lawful authority to use sniffer dogs only when they already have reasonable grounds to believe contraband is present, sniffer dogs would be superfluous and unnecessary, i.e. because *ex hypothesi* the police already have the grounds to obtain a search warrant and would not require the confirmatory evidence of a dog.

[22] Like LeBel J., I would welcome parliamentary intervention in this contentious area, but unlike LeBel J., I do not favour an approach that effectively renders sniffer dogs useless until Parliament chooses to enact legislation. In fairness to litigants, the Court ought not, in my respectful view, to waver unpredictably between the willingness of the Court to explore adjustments in the common law of detention or search and seizure based on reasonable suspicion, as in the recent cases of *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52 (investigative detention), and *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32 (detention, search and seizure), and the "hands off" or "leave it to Parliament" attitude my colleague advocates in this case. How are litigants to anticipate whether they will find the Court in a "can do" mode or a "leave it to Parliament"

[20] Par contre, mon collègue le juge LeBel est d'avis que les policiers n'ont aucun pouvoir d'utiliser des chiens renifleurs pour effectuer une fouille dans les circonstances de ces affaires à moins « qu'elle soit préalablement autorisée par un tribunal et qu'il existe des motifs raisonnables et probables de l'effectuer » (par. 10). « [I]l devrait appartenir au législateur de créer et de justifier [quelque autre norme] dans un cadre législatif approprié » (par. 13).

[21] Pour les motifs qui seront exposés, je ne souscris à ni l'un ni l'autre de ces points de vue polarisés. J'estime, en toute déférence, que les « soupçons généraux » ouvriraient la porte à une utilisation excessive des chiens renifleurs en tous lieux. En revanche, l'approche consistant à laisser au législateur le soin d'agir esquive un problème pratique et immédiat qui se pose en matière d'application de la loi. Au Canada, les services de police utilisent couramment des chiens renifleurs depuis au moins 30 ans. Si la loi ne permet le recours à un chien renifleur que dans le cas où les policiers ont déjà des motifs raisonnables de croire à la présence d'articles interdits, le chien renifleur devient alors superflu et inutile, du fait que les policiers sont déjà censés avoir les motifs requis pour obtenir un mandat les autorisant à effectuer une fouille ou perquisition et qu'ils n'ont pas besoin d'un chien pour confirmer la présence de ces articles.

[22] À l'instar du juge LeBel, je suis en faveur d'une intervention du législateur dans ce domaine controversé, mais contrairement à lui, je ne préconise pas une approche ayant pour effet de rendre les chiens renifleurs inutiles tant et aussi longtemps que le législateur n'aura pas choisi d'agir. J'estime, en toute déférence, que, pour être juste envers les parties, la Cour ne devrait pas vaciller de façon imprévisible entre sa volonté d'étudier la possibilité d'ajuster la common law en matière de détention ou de fouilles, perquisitions et saisies fondées sur des soupçons raisonnables — comme c'était le cas dans les arrêts récents *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52 (détention aux fins d'enquête), et *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32 (détention, fouille, perquisition et saisie) —, et l'attitude non interventionniste ou consistant à laisser

mode? In my view, *Mann* and *Clayton* resolved the Court's attitude to this particular area of common law police powers in favour of the former. We have crossed the Rubicon.

[23] The police here were going about their ordinary business of investigating crime in a public bus station to which they had every right of lawful access. The police claim that their use of the sniffer dog Chevy in this case complied with s. 8 of the *Charter*. Accordingly, the difficult question raised by this appeal is not (in my view) the *existence* of a police power to investigate crime using sniffer dogs or any other lawful devices or technology in places where the police are lawfully entitled to be. The difficult question is the extent to which the use of such devices or techniques or animals is permitted by s. 8 of the *Charter* and, if so, in what circumstances. It is emphatically the duty of the courts, not Parliament, to resolve the issue of *Charter* compliance.

[24] It has been recognized since *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, that while generally speaking the s. 8 standard is reasonable and probable cause, warrantless searches may be acceptable by careful application of the s. 8 balance between the legitimate needs of law enforcement and the legitimate interest of "everyone" in privacy. The balance is calibrated according to the circumstances. The guarantee of s. 8 is not against search and seizure but against *unreasonable* search and seizure. The police rest their case on the minimal intrusiveness, narrowly targeted objective and high accuracy of specifically trained dogs (in this case Chevy), not on some s. 1 argument about a pandemic of drug trafficking or terrorist activity.

au législateur le soin d'agir, que mon collègue préconise en l'espèce. Comment les parties pourront-elles prévoir que la Cour aura une attitude de capacité d'agir ou une attitude consistant à laisser au législateur le soin d'agir, lorsqu'elles se présenteront devant elle? J'estime que, dans les arrêts *Mann* et *Clayton*, la Cour a décidé d'adopter la première attitude à l'égard de ce type particulier de pouvoir policier conféré par la common law. Nous avons franchi le Rubicon.

[23] Dans le cas qui nous occupe, les policiers procédaient de la manière habituelle à une enquête criminelle dans une gare d'autobus à laquelle ils étaient parfaitement en droit d'avoir accès. Ceux-ci prétendent que leur utilisation du chien renifleur Chevy en l'espèce était conforme à l'art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, la question difficile que soulève le présent pourvoi n'est pas (selon moi) de savoir si les policiers *peuvent* effectuer des enquêtes criminelles à l'aide de chiens renifleurs ou de n'importe quels autres dispositifs ou techniques légitimes dans les endroits où ils ont le droit de se trouver. Il s'agit plutôt de savoir dans quelle mesure et, le cas échéant, dans quels cas l'art. 8 de la *Charte* autorise l'utilisation de ces dispositifs, techniques ou animaux. Il n'y a aucun doute qu'il appartient aux tribunaux, et non au législateur, de résoudre la question de la conformité avec la *Charte*.

[24] Depuis l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, il est reconnu que, bien que la norme de l'art. 8 soit généralement celle des motifs raisonnables et probables, les fouilles ou perquisitions sans mandat peuvent être acceptables si l'on prend soin d'établir, au regard de l'art. 8, un équilibre entre la nécessité légitime de faire respecter la loi et le droit légitime de « chacun » à la vie privée. Cet équilibre varie selon les circonstances. L'article 8 protège non pas contre les fouilles, perquisitions et saisies, mais contre les fouilles, perquisitions et saisies *abusives*. Les policiers invoquent à l'appui de leur thèse l'existence d'une atteinte minime et d'un objectif bien circonscrit, ainsi que la grande fiabilité de chiens dressés pour accomplir une tâche particulière (en l'espèce Chevy), et non quelque argument fondé sur l'article premier voulant qu'il y ait une forte hausse du trafic de la drogue et des activités terroristes.

[25] In my view, for reasons developed in *A.M.*, the police are entitled to call in aid sniffer dogs where they have reasonable grounds to suspect the presence of contraband. This *Charter* standard of "reasonable suspicion" is based, as stated, on the minimal intrusiveness, narrowly targeted objective and high accuracy of "sniffs" by specifically trained dogs like Chevy.

[26] On the facts, the question here is whether the police at the Calgary bus station had grounds to suspect the appellant of possession of drugs sufficient to justify the use of a sniffer dog to investigate the appellant's bag. The courts in Alberta rejected the notion that a sniffer-dog "sniff" could amount to a search, but I agree with Paperny J.A., dissenting in the Alberta Court of Appeal, that a "sniff" amounts to a s. 8 search. The constitutional question however is whether in the circumstances it was an *unreasonable* search. Because such searches are conducted without prior judicial authorization, the after-the-fact judicial scrutiny of the grounds for the alleged "reasonable suspicion" must be rigorous. The police action in this case was based on speculation. The evidence resulting from the sniffer-dog search should not have been admitted. I would therefore allow the appeal and set aside the conviction.

II. Facts

[27] On January 25, 2002, at about 11:00 a.m., three RCMP officers were staking out the Calgary Greyhound bus terminal in plain clothes. The team was watching passengers disembark from the overnight bus from Vancouver. This was part of the RCMP "Jetway" program which monitors the travelling public in an effort to identify and arrest drug couriers and other individuals participating in criminal activities.

[25] Pour les raisons exposées dans l'arrêt *A.M.*, j'estime que les policiers ont le droit de faire appel à des chiens renifleurs lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner la présence d'articles interdits. Comme nous l'avons vu, cette norme des « soupçons raisonnables » dictée par la *Charte* est applicable en raison de l'existence d'une atteinte minime et d'un objectif bien circonscrit, ainsi que de la grande fiabilité de chiens renifleurs comme Chevy qui sont dressés pour accomplir une tâche particulière.

[26] Selon les faits de la présente affaire, la question est de savoir si les policiers qui se trouvaient à la gare d'autobus de Calgary avaient suffisamment de motifs de soupçonner que l'appelant avait de la drogue en sa possession pour justifier la vérification du sac de ce dernier à l'aide d'un chien renifleur. Les tribunaux albertains ont rejeté l'idée que l'intervention d'un chien renifleur puisse constituer une fouille ou perquisition, mais je conviens avec la juge Paperny, dissidente en Cour d'appel de l'Alberta, qu'une telle intervention constitue une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8. Cependant, la question constitutionnelle est de savoir si la fouille effectuée était *abusive* dans les circonstances. Étant donné que de telles fouilles ont lieu sans autorisation judiciaire préalable, l'examen après le fait que les tribunaux effectuent des motifs justifiant les prétendus « soupçons raisonnables » doit être rigoureux. L'intervention des policiers en l'espèce était fondée sur des hypothèses. Les éléments de preuve recueillis grâce à la fouille effectuée à l'aide du chien renifleur n'auraient pas dû être admis. Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi et j'annulerais la déclaration de culpabilité.

II. Les faits

[27] Le 25 janvier 2002, vers 11 h, trois agents de la GRC habillés en civil surveillaient la gare d'autobus Greyhound de Calgary. L'équipe observait les passagers qui descendaient de l'autobus ayant effectué le trajet de nuit depuis Vancouver. Cette opération faisait partie du programme « Jetway » de la GRC, qui consiste à surveiller les voyageurs en vue de repérer et d'arrêter les passeurs de drogue et d'autres individus qui se livrent à des activités criminelles.

[28] The RCMP were not investigating the possibility of terrorist activity, explosives or other threats to public safety. Their sniffer dog Chevy was not trained for anything other than detection of narcotics.

[29] RCMP Sergeant MacPhee testified that his training in the Jetway program taught him to watch for what he referred to as an "elongated stare", a locked eye contact for a period of a few seconds. The appellant gave him such a stare. Sergeant MacPhee noted that the appellant had moved to the underbelly of the bus, but did not look at the bags that were being unloaded. Instead, he went around the bus in a direction different from the other passengers and stopped 10 to 15 feet behind Sergeant MacPhee. The officer said this conduct aroused his suspicion.

[30] The appellant was carrying a bag (described as similar to a gym bag) that had no Greyhound or other identifying tags on it. It had two handles rather than a shoulder strap. The appellant was carrying it on his shoulder. On entering the terminal he walked toward the washroom. About 10 feet before the washroom door, the appellant stopped, turned around and looked back at Sergeant MacPhee, who was about 25 feet behind him. Sergeant MacPhee described this as "rubbernecking".

[31] When the appellant came out of the washroom, he again made eye contact with Sergeant MacPhee as he moved towards the exit doors. Sergeant MacPhee went over and introduced himself as follows: "Good morning, sir. I'm a police officer out here at the bus terminal. You're not in any sort of trouble and you're free to go at any time. We just talk to people as they are travelling." Sergeant MacPhee commented on the weather and asked to see the appellant's bus ticket (which he had apparently left on the bus), and asked for identification (which the appellant produced). Sergeant MacPhee made a note of the appellant's name and date of birth, and asked how long he would be in Calgary.

[28] Les agents de la GRC n'enquêtaient pas sur d'éventuelles activités terroristes, la présence d'explosifs ou d'autres menaces à la sécurité publique. Leur chien renifleur Chevy n'était dressé que pour détecter la présence de stupéfiants.

[29] Le sergent MacPhee de la GRC a témoigné que la formation qu'il a reçue dans le cadre du programme Jetway lui a appris à être à l'affût de ce qu'il a appelé un [TRADUCTION] « long regard », c'est-à-dire un échange de regard qui dure quelques secondes. L'appelant lui a jeté un tel regard. Le sergent MacPhee a remarqué que l'appelant s'était dirigé vers la soute à bagages de l'autobus sans toutefois regarder les bagages qui étaient déchargés. Il a plutôt fait le tour de l'autobus, dans une direction différente de celle empruntée par les autres passagers, et il s'est immobilisé 10 à 15 pieds derrière le sergent MacPhee. Le policier a affirmé que ce comportement avait éveillé ses soupçons.

[30] L'appelant transportait un sac (qualifié de semblable à un sac de sport) auquel n'était fixée aucune étiquette d'identification Greyhound ou autre. Il s'agissait d'un sac à deux poignées, sans bandoulière. L'appelant le portait à l'épaule. Lorsqu'il est entré dans la gare, il s'est dirigé vers les toilettes. Alors qu'il se trouvait à environ 10 pieds de la porte des toilettes, l'appelant s'est immobilisé, s'est retourné et a regardé le sergent MacPhee qui se trouvait quelque 25 pieds derrière lui. Le sergent MacPhee a qualifié cela de [TRADUCTION] « regard vers l'arrière ».

[31] Lorsqu'il est sorti des toilettes, l'appelant a de nouveau fixé du regard le sergent MacPhee en se dirigeant vers les portes de sortie. Le sergent MacPhee s'est approché et s'est présenté en disant [TRADUCTION] « Bonjour monsieur. Je suis un policier qui travaille ici à la gare d'autobus. Nous n'avons rien à vous reprocher et vous êtes libre de partir en tout temps. Nous ne faisons que parler aux voyageurs. » Le sergent MacPhee a parlé du temps qu'il faisait et a demandé à voir le billet d'autobus de l'appelant (que ce dernier avait apparemment laissé dans l'autobus), en plus de solliciter une pièce d'identité (que l'appelant a présentée). Le sergent MacPhee a noté le nom et la date de naissance

The appellant seemed to Sergeant MacPhee to be getting "increasingly antsy" in the officer's presence.

[32] At this point, Sergeant MacPhee asked to see the contents of the appellant's bag. The appellant paused, then put his bag down on the floor and started to open it. Sergeant MacPhee said, "Thanks, sir. You're certainly not obliged to show me, but thanks." Sergeant MacPhee then started to kneel down and take hold of the bag himself, saying "Just an officer safety thing here, do you mind?" Before he could touch the bag, the appellant exclaimed "What are you doing?" and pulled the bag back. At that point, the appellant was said to be very agitated. Sergeant MacPhee signalled to another officer, Sergeant Bouey (then Corporal), who was accompanied by Chevy. They approached, and Chevy sat down, indicating to his handler the presence of drugs in the bag. Sergeant MacPhee then told the appellant that he was under arrest for the possession and/or trafficking of a controlled substance and advised him of his rights.

[33] Following the arrest, the appellant's bag was searched by Constable Ritchie, and was found to contain two zip lock baggies filled with approximately 17 ounces of cocaine. The appellant also produced, from his pocket, a Starbucks mint container containing a small amount of heroin. The appellant was charged with possession of cocaine for the purposes of trafficking and possession of heroin.

[34] The trial judge held that the appellant was neither arbitrarily detained nor unlawfully searched and entered a conviction. The majority of the Court of Appeal agreed and dismissed his appeal.

III. Relevant Constitutional Provisions

[35] The relevant *Charter* provisions read as follows:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

de l'appelant et lui a demandé combien de temps il séjournerait à Calgary. Il a semblé au sergent MacPhee que l'appelant devenait [TRADUCTION] « de plus en plus nerveux » en sa présence.

[32] Le sergent MacPhee a alors demandé à voir le contenu du sac de l'appelant. Après hésitation, l'appelant a déposé son sac et a commencé à l'ouvrir. Le sergent MacPhee lui a dit [TRADUCTION] « Merci monsieur. Vous n'êtes sûrement pas obligé de me montrer, mais je vous en remercie. » Le sergent MacPhee s'est alors agenouillé et a tenté s'emparer du sac en affirmant « Simple mesure de sécurité de la part d'un policier, vous n'avez pas d'objections? » Avant que le policier puisse toucher le sac, l'appelant s'est exclamé « Que faites-vous? » et a tiré le sac vers lui. Le policier a affirmé que l'appelant était alors très agité. Le sergent MacPhee a fait signe à un autre policier, le sergent Bouey (alors caporal), de s'amener avec Chevy. Une fois près d'eux, Chevy s'est assis, indiquant ainsi au maître-chien qu'il y avait de la drogue dans le sac. Le sergent MacPhee a alors informé l'appelant qu'il était en état d'arrestation pour possession ou trafic d'une substance réglementée, ou les deux à la fois, et il l'a informé de ses droits.

[33] À la suite de l'arrestation de l'appelant, l'agent Ritchie a fouillé le sac de ce dernier et y a découvert deux sacs à fermeture par pression et glissière qui contenaient environ 17 onces de cocaïne. L'appelant a aussi sorti de sa poche un contenant de pastilles à la menthe Starbucks dans lequel se trouvait une petite quantité d'héroïne. L'appelant a été accusé de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic et de possession d'héroïne.

[34] La juge du procès a conclu que l'appelant n'avait été ni détenu de façon arbitraire ni soumis à une fouille illégale et elle a inscrit une déclaration de culpabilité. La Cour d'appel à la majorité a partagé le même avis et a rejeté l'appel de l'appelant.

III. Les dispositions constitutionnelles pertinentes

[35] Voici le texte des dispositions pertinentes de la *Charte* :

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

24. . . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

IV. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608

[36] Romaine J. found that the appellant had not been physically detained during questioning. Only one officer engaged him in conversation. His exit route was not obstructed and he had been advised that he was free to go at any time. The fact that police were suspicious and asked questions of a pointed nature was not sufficient to establish psychological detention. Not every interview of a suspect is a detention. As Kang-Brown did not testify during the *voir dire*, there was no evidence of his subjective belief as to whether or not he was detained.

[37] Romaine J. stated that in any event she was satisfied that reasonable grounds existed for his investigative detention as required by *Mann*. These grounds were provided by the "suspicious behaviour" exhibited by Kang-Brown. Romaine J. remarked that "[w]hile the Jetway officers did not have a specific recent offence that they were investigating, they certainly were investigating the on-going traffic of drugs, and their detention of Mr. Kang-Brown, if it was such, could be characterized as arising from such on-going investigation" (para. 57). With respect to the dog sniff and ensuing physical search, there was no evidence that Kang-Brown had a subjective expectation of privacy in the contents of his bag, as he did not testify at trial. In the trial judge's view, odour is a voluntary exposure of

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608

[36] La juge Romaine a conclu que l'appelant n'avait pas été détenu physiquement pendant qu'il était questionné. Un seul policier a conversé avec lui. On ne lui a pas barré la route pour l'empêcher de sortir et on l'a informé qu'il était libre de partir en tout temps. Le fait que les policiers aient eu des soupçons et qu'ils aient posé des questions pointues n'était pas suffisant pour établir l'existence d'une détention psychologique. Un suspect qui est interrogé n'est pas toujours détenu. Étant donné que M. Kang-Brown n'avait pas témoigné lors du voir-dire, rien ne prouvait que celui-ci avait cru subjectivement qu'il était détenu ou qu'il n'était pas détenu.

[37] La juge Romaine a affirmé que, de toute façon, elle était convaincue que, conformément à l'exigence de l'arrêt *Mann*, il existait des motifs raisonnables de détenir M. Kang-Brown aux fins d'enquête, et ce, en raison du « comportement suspect » de ce dernier. Elle a fait remarquer que « [m]ême si les policiers de l'opération Jetway n'enquêtaient pas sur une infraction récente particulière, ils enquêtaient sur le trafic de drogues, et l'on pouvait considérer que la détention de M. Kang-Brown par ceux-ci, si tel était le cas, découlait de cette enquête » (par. 57). Quant à l'intervention du chien renifleur et à la fouille qui a suivi, rien ne prouvait que M. Kang-Brown avait une attente subjective en matière de vie privée à l'égard du contenu de son sac, étant donné qu'il n'avait pas témoigné au procès. La

information, and no person can have a reasonable expectation of privacy in what he or she knowingly exposes to the public. She noted that the search took place in a bus terminal, not a home, and "it cannot be said that travellers choosing to use public transport in these days of random terrorist attacks have a reasonable expectation that their luggage is exempt from search" (para. 73).

[38] According to Romaine J., the evidence showed that a dog sniff was reliable over 92 percent of the time in "alerting" to the presence to drugs. The dog sniff is more reliable than the Forward Looking Infra-Red ("FLIR") technology used in *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67. Those who engage in the manufacture of and traffic in contraband drugs should not be entitled to protection for their illicit business activities through an overly broad interpretation of the personal constitutional rights of Canadian citizens. A dog sniff was relatively less intrusive than other investigative techniques. Given the seriousness of the crime it was intended to detect, the trial judge found that the use of the sniffer dog was not objectively unreasonable.

[39] However, if the trial judge was wrong on that point, she would nevertheless have allowed the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The dog sniff was relatively unintrusive, and no force was used. Any breach of *Charter* rights in this case was not sufficiently serious to warrant the exclusion of the evidence.

B. *Court of Appeal* (2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 2006 ABCA 199

(1) Majority (Côté and O'Leary JJ.A.)

[40] Côté J.A., speaking for the majority, agreed with the trial judge that there had been no detention.

juge Romaine a estimé que l'odeur est une exposition volontaire d'information et que nul ne saurait avoir une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à ce qu'il expose sciemment au public. Elle a souligné que la fouille a été effectuée dans une gare d'autobus et non dans un domicile, et [TRADUCTION] qu'« à une époque où le risque d'attaques terroristes au hasard plane constamment, on ne saurait affirmer que les voyageurs qui utilisent les transports publics peuvent raisonnablement s'attendre à ce que leurs bagages ne soient pas fouillés » (par. 73).

[38] Selon la juge Romaine, la preuve démontrait qu'un chien renifleur était fiable plus de 92 pour 100 du temps pour « indiquer » la présence de drogue. Le chien renifleur est plus fiable que le système infrarouge à vision frontale (« FLIR ») utilisé dans l'affaire *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67. Les fabricants ou trafiquants de drogues interdites ne devraient pas avoir droit à la protection de leurs activités commerciales illicites grâce à une interprétation trop large des droits personnels que la Constitution garantit aux citoyens canadiens. L'intervention d'un chien renifleur était relativement moins envahissante que d'autres techniques d'enquête. La juge du procès a conclu que, en raison de la gravité du crime qu'il visait à déceler, le recours au chien renifleur n'était pas objectivement abusif.

[39] Toutefois, même en cas d'erreur à cet égard, elle aurait néanmoins admis la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. L'intervention du chien renifleur était relativement peu envahissante et aucune force n'a été employée. Toute atteinte qui pouvait avoir été portée à des droits garantis par la *Charte* en l'espèce n'était pas suffisamment grave pour justifier l'exclusion de la preuve.

B. *Cour d'appel* (2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 2006 ABCA 199

(1) Motifs majoritaires (les juges Côté et O'Leary)

[40] Le juge Côté, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a souscrit à l'opinion de la juge du

The evidence of the police officer was that his initial request to talk, and subsequent questions, were all given in a non-authoritarian congenial manner. He was in casual dress, and no weapons were visible.

[41] Not all information obtained by the police in a public place about contents of a private place is a search. There is no rule of law that dog sniffs of luggage in lockers are always a s. 8 search, or that they never are. Côté J.A. noted that in *Tessling* this Court said that court decisions in this area should be precise and more fact-sensitive. The Alberta Court of Appeal's earlier decision in *R. v. Dinh* (2003), 330 A.R. 63, 2003 ABCA 201, is distinguishable from the present case, even if it was not overruled.

[42] The question was whether the ordinary citizen who has committed no offence has a reasonable expectation of privacy which would be significantly invaded by the police action in question. The dog could detect illegal drugs and nothing else. Had the appellant not been in possession of illegal drugs, the dog's presence would have had no effect on him.

[43] Côté J.A. considered the following factors significant in determining whether or not the appellant had a reasonable expectation of privacy in this case; that the police were in a purely public place (not the yard of a home); that the dog only yielded a crude piece of information (yes or no to the presence of an unknown quantity of an unknown illegal drug); that no intimate details of private lives could possibly be revealed; that the odours came out passively, and that they were detected by something similar to (but more sensitive than) an ordinary human nose. There was no reasonable expectation of privacy for that limited information in that public place. Côté J.A. therefore concluded that there was no search. He agreed with the trial judge that even if there had been a *Charter* breach, the

procès selon laquelle il n'y avait pas eu de détention. Le policier a témoigné qu'il avait adopté un ton aimable et non autoritaire en commençant par demander à l'appelant s'il pouvait lui parler et en lui posant ensuite des questions. Le policier était en civil et aucune arme n'était visible.

[41] Les renseignements que les policiers obtiennent dans un endroit public au sujet de ce qui se trouve dans un endroit privé ne sont pas tous le fruit d'une fouille ou perquisition. Aucune règle de droit ne prévoit que l'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier des bagages se trouvant dans des casiers constitue toujours ou ne constitue jamais une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8. Le juge Côté a fait remarquer que, dans l'arrêt *Tessling*, notre Cour a affirmé que les décisions judiciaires dans ce domaine doivent être précises et reposer davantage sur les faits de l'affaire. L'arrêt antérieur de la Cour d'appel de l'Alberta *R. c. Dinh* (2003), 330 A.R. 63, 2003 ABCA 201, peut être distingué de la présente affaire, même s'il n'a pas été renversé.

[42] La question était de savoir si le citoyen ordinaire n'ayant commis aucune infraction a une attente raisonnable en matière de vie privée qui serait gravement frustrée par la mesure policière en question. Le chien ne pouvait détecter que des drogues illégales et rien d'autre. Si l'appelant n'avait pas été en possession de drogues illégales, la présence du chien n'aurait eu aucune incidence sur lui.

[43] Selon le juge Côté, les faits suivants étaient utiles pour déterminer si, en l'espèce, l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée : les policiers se trouvaient dans un endroit purement public (et non dans la cour d'une résidence); le chien a seulement permis d'obtenir une information rudimentaire (il n'a fait que confirmer la présence ou l'absence d'une quantité de drogue illégale inconnue); aucun détail intime concernant des vies privées ne risquait d'être révélé; les odeurs se répandaient d'elles-mêmes et elles ont été détectées par quelque chose de semblable à un nez humain (mais plus sensible que celui-ci). Il n'y avait, dans l'endroit public en question, aucune attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de cette information limitée. Le juge Côté a donc conclu à

evidence ought not to be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

(2) Dissent (Paperny J.A.)

[44] In Paperny J.A.'s view, the dog sniff was a search. The appellant's right to be free from unreasonable search and seizure was breached, the breach was serious, and the evidence should be excluded under s. 24(2). The position taken by Côté J.A., she felt, would render a vast range of common human activities subject to police surveillance without prior judicial authorization. "Emissions" are broadly understood to include everything that can be seen, heard or smelled and may "emanate" from computers, cell phones, homes, televisions, radios, persons, luggage, handbags, etc.; in other words, from anywhere or anything. *Tessling* did not eradicate privacy interests in "emissions" in general. The s. 8 questions must be framed in regard to bus travellers generally and whether they have a reasonable expectation of privacy in their personal luggage. The trial judge incorrectly narrowed the scope of s. 8 in concluding that there was no privacy interest engaged because this was not the type of information that society has an interest in protecting.

[45] Luggage contains personal items and information indicative of personal choices and lifestyle. Carrying luggage through a public bus terminal does not reduce the privacy interest to the same extent as in airports. The security measures taken at airports have of necessity resulted in a diminished expectation of privacy in that setting; these measures have not been employed in bus terminals.

[46] Warrantless searches are *prima facie* unreasonable, absent exigent circumstances. On the facts,

l'absence de fouille. Il a souscrit à l'opinion de la juge du procès selon laquelle, même s'il y avait eu violation de la *Charte*, la preuve ne devrait pas être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

(2) Dissidence (la juge Paperny)

[44] Selon la juge Paperny, l'intervention du chien renifleur constituait une fouille. Il y a eu violation du droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, la violation était grave et il y avait lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2). Elle estimait que la position adoptée par le juge Côté ferait en sorte qu'une foule d'activités humaines courantes pourraient faire l'objet d'une surveillance policière sans qu'aucune autorisation judiciaire préalable ne soit requise. Suivant une interprétation large, les « émissions » comprennent tout ce qui peut être vu, entendu ou senti, et celles-ci peuvent provenir des ordinateurs, des téléphones cellulaires, des résidences, des télévisions, des radios, des personnes, des bagages, des sacs à main, etc., ou autrement dit, de n'importe où et de n'importe quoi. L'arrêt *Tessling* n'a pas éliminé le droit à la vie privée à l'égard des « émissions » en général. Les questions relatives à l'art. 8 doivent être formulées en fonction des personnes qui voyagent en autobus en général et de la question de savoir si ces personnes ont une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de leurs bagages personnels. La juge du procès a eu tort de restreindre la portée de l'art. 8 en concluant qu'aucun droit à la vie privée n'était en jeu du fait que ce n'était pas le type de renseignements que la société a intérêt à protéger.

[45] Les bagages contiennent des articles et renseignements personnels significatifs quant aux choix personnels et au style de vie de leur propriétaire. Le fait de transporter des bagages dans une gare d'autobus n'a pas une incidence aussi grande sur le droit à la vie privée que le fait d'en transporter dans un aéroport. En effet, les mesures de sécurité prises dans les aéroports ont nécessairement entraîné une diminution des attentes en matière de vie privée à ces endroits; ces mesures n'ont pas été prises dans les gares d'autobus.

[46] Une fouille sans mandat est à première vue abusive en l'absence d'une situation d'urgence.

there were no exigent circumstances. The police did not have reasonable and probable grounds to believe that evidence of criminal activity existed until the dog gave the positive indication after sniffing the bag. Paperny J.A. concluded that the appellant's s. 8 *Charter* rights were violated. Given the seriousness of the breach and the effect of admitting the evidence on the reputation of the administration of justice, the evidence ought to be excluded under s. 24(2) of the *Charter.*

Selon les faits, il n'y avait pas de situation d'urgence. Les policiers n'avaient aucun motif raisonnable et probable de croire qu'il existait une preuve d'activité criminelle jusqu'à ce que le chien intervienne et signale la présence d'un stupéfiant dans le sac. La juge Paperny a conclu qu'il y avait eu violation des droits garantis à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte.* En raison de la gravité de la violation et de l'effet que l'admission de la preuve aurait sur la considération dont jouit l'administration de la justice, cette preuve devait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte.*

V. Analysis

[47] "Operation Jetway" is an RCMP program designed to curtail drug trafficking. It monitors the travelling public in transportation hubs such as airports and bus depots. It appears to be modelled on drug "courier" profiles developed since 1974 by the United States Drug Enforcement Administration. Police officers contend that certain types of behaviour, demeanour, dress and other visible personal characteristics of travellers may be indicative of criminal activity. The RCMP target these individuals as they pass through a terminal and attempt to engage them in "voluntary conversation". The aim is to have suspicious individuals consent to a search to determine whether they are carrying drugs on their person or in their luggage. In circumstances where consent is withheld or equivocal, the RCMP may decide to use a sniffer dog to try to detect any odour of narcotics around the suspect's person or belongings.

V. Analyse

[47] L'« opération Jetway » est un programme de la GRC qui a pour objet de freiner le trafic de stupéfiants. Elle consiste à surveiller les voyageurs qui transitent dans des terminaux comme les aéroports et les gares d'autobus. Elle semble s'inspirer des profils des « passeurs » de drogue que la United States Drug Enforcement Administration a établis depuis 1974. Les policiers prétendent que certains types de comportement, d'allure, de façon de s'habiller et d'autres caractéristiques personnelles visibles des voyageurs peuvent constituer des indices d'activité criminelle. Les agents de la GRC ciblent ces individus au moment de leur passage dans un terminal et ils tentent d'engager avec eux une « conversation volontaire ». L'objectif est d'amener les individus suspects à consentir à une fouille destinée à déterminer s'ils transportent de la drogue sur eux ou dans leurs bagages. Dans les cas où le consentement est refusé ou équivoque, les agents de la GRC peuvent décider de recourir à un chien renifleur pour tenter de détecter toute odeur de stupéfiant qui peut émaner du suspect ou de ses effets personnels.

A. *Was the Sniffer-Dog Police Investigation Authorized by Law?*

[48] It is common ground that what occurred at the Calgary bus station was a warrantless search, and therefore *presumptively* unreasonable. As Lamer J. stated in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278:

> . . . once the appellant has demonstrated that the search was a warrantless one, the Crown has the burden of

A. *L'enquête policière à l'aide d'un chien renifleur était-elle autorisée par la loi?*

[48] Personne ne conteste que la fouille effectuée à la gare d'autobus de Calgary était une fouille sans mandat et qu'elle était donc *présumée* abusive. Comme l'a affirmé le juge Lamer dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278 :

> . . . du moment que l'appelant démontre qu'il s'agissait d'une fouille sans mandat, il incombe à la poursuite de

showing that the search was, on a balance of probabilities, reasonable.

A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.

(See also *Mann*, at para. 36; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at paras. 10-12.)

[49] LeBel J. and I differ as to whether sniffer-dog searches are "authorized by law". In this respect, this Court has of late become preoccupied with the pre-*Charter* test of police common law powers expressed by the English Court of Criminal Appeals in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659, and by our Court in the pre-*Charter* case of *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, and in the post-*Charter* cases of *Mann* and *Clayton*. In *Dedman*, Le Dain J. formulated the test for existence of a common law police power as follows:

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

Dickson C.J. put forward in his dissent the "leave it to Parliament" approach advocated here by LeBel J. Dickson C.J. wrote:

It is the function of the legislature, not the courts, to authorize arbitrary police action that would otherwise be unlawful as a violation of rights traditionally protected at common law. [p. 15]

Nevertheless, the contrary view espoused by Le Dain J. prevailed, and his majority view has been adopted and applied in a number of our subsequent cases, including *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, *Mann* and *Clayton*.

[50] In *Clayton*, writing for LeBel J., Fish J. and myself, I stated:

prouver que, selon la prépondérance des probabilités, cette fouille n'était pas abusive.

Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive.

(Voir aussi les arrêts *Mann*, par. 36, et *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10-12.)

[49] Je ne partage pas l'avis du juge LeBel quant à savoir si les fouilles ou perquisitions à l'aide d'un chien renifleur sont « autorisées par la loi ». À cet égard, notre Cour s'est récemment intéressée au critère des pouvoirs policiers conférés par la common law qui a été énoncé, avant l'adoption de la *Charte*, par la Court of Criminal Appeals d'Angleterre dans l'arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659, et par notre Cour dans l'arrêt antérieur à la *Charte*, *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, et les arrêts *Mann* et *Clayton* qui ont été rendus après l'adoption de la *Charte*. Dans l'arrêt *Dedman*, le juge Le Dain a formulé ainsi le critère applicable pour déterminer l'existence d'un pouvoir policier conféré par la common law :

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

Dans ses motifs dissidents, le juge en chef Dickson a recommandé d'adopter l'approche qui consistait à laisser au législateur le soin d'agir et qui est préconisée en l'espèce par le juge LeBel :

Il incombe au législateur et non pas aux tribunaux d'autoriser un acte arbitraire de la police qui serait par ailleurs illégal à titre de violation des droits qui sont traditionnellement protégés en *common law*. [p. 15]

Cependant, c'est le point de vue contraire proposé par le juge Le Dain qui l'a emporté, et ce point de vue majoritaire a été adopté et appliqué dans un certain nombre d'arrêts subséquents, dont *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, *Mann* et *Clayton*.

[50] Dans les motifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *Clayton* et auxquels ont souscrit les juges LeBel et Fish, j'ai affirmé ceci :

If (as I believe) none of these cases [referred to] provides authority for what was done in this case, the "balancing test" derived from *Dedman* must be applied. The Court must determine whether the common law rule, if it exists, authorized the police to do what they did here. [Emphasis added; para. 80.]

The common law is forever filling "gaps". It relies, as it has for hundreds of years, on various judge-created methodologies to do so. In this case, the relevant methodology adopted and applied by our Court is the *Waterfield/Dedman* test.

[51] Abella J., writing for the other members of the full bench in *Clayton*, adopted the observation of Doherty J.A. in the Ontario Court of Appeal:

> The powers of police constables at common law, often described as the ancillary police power, as set out in *Waterfield* have been accepted by the Supreme Court of Canada as part of the Canadian common law in several decisions rendered both before and after the proclamation of the *Charter* . . . . [para. 22]

Accordingly, it is my view that in these appeals the Court should proceed incrementally with the *Waterfield/Dedman* analysis of common law police powers rather than try to re-cross the Rubicon to retrieve the fallen flag of the *Dedman* dissent. In saying that, of course, I am not suggesting that in a particular case the outcome will always or even generally be in favour of the existence of a police power. Where a court concludes, after analysis, that the police do not have the power they claim, it will be up to Parliament to decide what law, if any, it wishes to enact on the subject.

[52] The first requirement of the *Waterfield/Dedman* test is the existence of a police duty. It cannot be controversial that police have a duty to solve crimes and bring the perpetrators to justice: *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10, s. 18, and the Alberta *Police Act*, R.S.A. 2000, c. P-17, s. 38(1). If that is not a large part of their job it is difficult to know what they are getting paid for.

Si, comme je le crois, aucun de ces arrêts [mentionnés] ne permet de justifier la mesure prise en l'espèce, il faut appliquer le critère de « pondération » découlant de l'arrêt *Dedman*. La Cour doit déterminer si la règle de common law, à supposer qu'elle existe, autorisait les policiers à faire ce qu'ils ont fait en l'espèce. [Je souligne; par. 80.]

La common law comble sans cesse des « lacunes ». Elle le fait depuis des centaines d'années au moyen de différentes méthodes conçues par les juges. En l'espèce, la méthode pertinente que notre Cour a adoptée et appliquée est la grille d'analyse de *Waterfield/Dedman*.

[51] La juge Abella, s'exprimant au nom de la Cour au complet dans l'arrêt *Clayton*, a retenu l'observation formulée par le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario :

> Dans plusieurs décisions antérieures et postérieures à la *Charte*, la Cour suprême du Canada a reconnu que les pouvoirs des policiers en common law, souvent appelés pouvoirs accessoires de la police, énoncés dans l'arrêt *Waterfield*, faisaient partie intégrante de la common law canadienne . . . [par. 22]

Par conséquent, j'estime que dans les présents pourvois la Cour devrait procéder progressivement à l'analyse de type *Waterfield/Dedman* pour déterminer s'il existe un pouvoir policier conféré par la common law au lieu de tenter de retraverser le Rubicon et de ranimer la dissidence de l'arrêt *Dedman*. Bien sûr, je ne veux pas dire par là que, dans un cas particulier, on arrivera toujours ou encore généralement à la conclusion qu'il existe un pouvoir policier. Si une cour conclut, à l'issue d'une analyse, que les policiers n'ont pas le pouvoir qu'ils invoquent, il appartiendra alors au législateur de décider quelle règle de droit, s'il y a lieu, il souhaite adopter à cet égard.

[52] La première exigence de la grille d'analyse de *Waterfield/Dedman* est l'existence d'un devoir policier. Il est incontestable que les policiers ont le devoir d'élucider les crimes et de traduire les criminels en justice : *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 18, et *Police Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, ch. P-17, par. 38(1). Si cela ne représente pas une partie importante de leur travail, on voit difficilement à quoi ils servent.

[53] The second common law requirement, as stated, is that the powers "ancillary" to that duty must be "reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference" (*Dedman*, at p. 35). In the pre-*Charter* era, the "reasonableness" limitation was important to keep police powers in balance with what was broadly acceptable in a free society. The pre-*Charter* justification was less demanding than the *Charter*. The long history of the use of police dogs in common law countries for various search purposes attests to that.

[54] Unless the Court is to adopt the view that without specific statutory support the police are restricted to the use of their unaided eyes, ears and sense of smell, it is obvious that the police must use many tools to investigate crime *within the limits set* by the *Charter*. A "sniffer dog" is an investigative tool, not a "police power" such as the powers to detain or to arrest. Is Parliament to legislate on when a police officer may use "binoculars, flashlights and night vision goggles"? (S. Davis-Barron, "The Lawful Use of Drug Detector Dogs" (2007), 52 *Crim. L.Q.* 345, at p. 384). As criminals become more sophisticated and devise new ways to cover their tracks, the police constantly upgrade their own techniques and equipment. In my view, it is not necessary for the police to keep returning to Parliament for authority to make use of tools deployed in full public view like sniffer dogs. It is of course critical for Parliament to keep proper control of the police, but in the case of search and seizure, the judicial control is already in place in the form of s. 8 of the *Charter*, which it is the Court's constitutional duty to interpret and apply.

[55] In *Tessling*, the police made use of an airplane fitted with infra-red imaging technology to

[53] Comme nous l'avons vu, la deuxième exigence de la common law est que l'exercice des pouvoirs « accessoires » à ce devoir soit « raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l'importance de l'objet public poursuivi par [l']atteinte » qui est portée (*Dedman*, p. 35). Avant l'adoption de la *Charte*, l'exigence du « caractère raisonnable » était importante pour maintenir l'équilibre entre les pouvoirs policiers et ce qui était généralement acceptable dans une société libre. La justification requise avant la *Charte* était moins astreignante que celle requise sous le régime de la *Charte*, comme en témoigne le fait que les chiens policiers sont depuis longtemps utilisés pour effectuer divers types de fouilles ou de recherches dans les pays de common law.

[54] À moins que la Cour n'adopte le point de vue voulant que, en l'absence d'une loi habilitante précise, les policiers en soient réduits à se fier à leurs seuls yeux, oreilles et odorat, il est évident que ceux-ci doivent utiliser de nombreux outils pour effectuer des enquêtes criminelles *conformes aux limites établies* par la *Charte*. L'utilisation d'un chien renifleur est un outil d'enquête et non un « pouvoir de la police » comme le pouvoir de détention ou d'arrestation. Le législateur doit-il intervenir pour déterminer quand un policier peut utiliser [TRADUCTION] « des jumelles, des lampes de poche et des lunettes de vision nocturne »? (S. Davis-Barron, « The Lawful Use of Drug Detector Dogs » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 345, p. 384). Au fur et à mesure que les criminels deviennent plus ingénieux et conçoivent de nouvelles façons de brouiller leurs pistes, les policiers améliorent sans cesse leurs propres techniques et matériel. J'estime que les policiers n'ont pas à se tourner constamment vers le législateur pour obtenir l'autorisation d'utiliser des outils exposés à la vue de tous comme les chiens renifleurs. Il est évidemment crucial que le législateur maintienne un bon contrôle des forces de l'ordre, mais, en ce qui concerne les fouilles, perquisitions et saisies, le contrôle judiciaire est exercé grâce à l'art. 8 de la *Charte*, que la Cour a l'obligation constitutionnelle d'interpréter et d'appliquer.

[55] Dans l'affaire *Tessling*, les policiers avaient eu recours à un avion muni d'un système d'imagerie

overfly suspected marijuana grow-ops. Nowhere did the Court suggest that the use of such equipment required specific statutory authority. The issue was whether such use violated s. 8 of the *Charter*.

[56] In rejecting the existence of any common law police power in this case, my colleague LeBel J., nevertheless, adds:

> Other situations could arise where the constitutionality of a search and seizure operation might be upheld in the absence of statutory authority. One might think for example about exigent circumstances relating to apprehended terrorist activities. [para. 13]

Once it is concluded that the Court might (or might not) accept the existence of "exigent circumstances relating to apprehended terrorist activities", an area of law enforcement where sniffer dogs are already in use, it seems to me, with respect, that there is no persuasive reason to refuse *consideration* of the use at common law of sniffer dogs in relation to other apprehended criminal activities such as trafficking of narcotics *except* on the basis that the balancing of the state interest in collective security and public order in a terrorist case might weigh more heavily against the individual's interest in privacy than in a drug bust. However, the "balance" debate under the pre-*Charter Waterfield/Dedman* analysis also arises in a more stringent form under s. 8. We need not await parliamentary legislation to get on with the s. 8 debate and make a decision.

[57] Sniffer dogs are used in many different situations. Because their ability to communicate is limited to "alerting" a simple "yes" or "no" to the presence of the targeted substance(s), the dogs are necessarily specialized. Otherwise their handlers, with no ability to interrogate their canine helpers, wouldn't know what the dog was alerting to. In some cases, the dog's acute sense of smell is trained to target explosives, and they are used in airports and other places vulnerable to threats

infrarouge pour survoler un édifice où l'on soupçonnait que de la marijuana était cultivée. Nulle part la Cour n'a-t-elle laissé entendre que l'utilisation d'un tel matériel devait être autorisée expressément par la loi. La question était de savoir si cette utilisation violait l'art. 8 de la *Charte*.

[56] En rejetant l'existence de tout pouvoir policier conféré par la common law en l'espèce, mon collègue le juge LeBel ajoute néanmoins ceci :

> Il pourrait se présenter d'autres cas où la constitutionnalité d'une fouille, perquisition ou saisie non autorisée par un texte législatif pourrait être confirmée. On pourrait penser, par exemple, à une situation d'urgence liée à la crainte d'activités terroristes. [par. 13]

Une fois que l'on conclut qu'il se pourrait (ou non) que la Cour reconnaisse l'existence d'« une situation d'urgence liée à la crainte d'activités terroristes », un domaine d'application de la loi où les chiens renifleurs sont déjà utilisés, il me semble, en toute déférence, qu'il n'y a aucun motif convaincant de refuser en common law d'*envisager* l'utilisation de ces chiens devant une crainte d'autres activités criminelles — par exemple le trafic de stupéfiants — *si ce n'est que* l'intérêt de l'État à préserver la sécurité collective et l'ordre public est davantage susceptible de l'emporter sur le droit d'un individu à la vie privée lorsqu'il est question de terrorisme que lorsqu'il est question d'une descente chez des trafiquants de drogue. Cependant, le débat entourant l'évaluation des enjeux qui émane de l'analyse de type *Waterfield/Dedman* antérieure à la *Charte* émane aussi, sous une forme plus rigide, de l'art. 8. Il n'est pas nécessaire d'attendre que le législateur poursuive le débat relatif à l'art. 8 et prenne une décision.

[57] On a recours aux services de chiens renifleurs dans de nombreuses situations différentes. Étant donné que leur capacité de communiquer se limite simplement à réagir positivement ou négativement à la présence des substances recherchées, les chiens sont obligatoirement spécialisés dans des domaines particuliers. Autrement, les maîtres-chiens, qui n'ont pas la capacité d'interroger leur assistant canin, ne sauraient pas à quoi l'animal a réagi. Dans certains cas, le chien est dressé à

to public safety. Other dogs are trained to detect human scent and are used to locate people who are lost or to find their remains after death, or to attempt to track an abducted child to the place of concealment. Other dogs are trained to detect fire accelerants and are used in arson investigations. Still others are trained to detect illicit drugs for the purpose of everyday crime detection. It is evident that dogs assist the police in many crucial ways. In my view, where the police comply with the requirements of the *Charter*, they possess the common law authority to make use of sniffer dogs in places to which they have lawful access for the purpose of criminal investigations. The real question here, as it was in *Mann* and *Clayton*, is *Charter* compliance.

utiliser son odorat développé pour détecter la présence d'explosifs, et on les utilise dans des aéroports et d'autres endroits vulnérables aux menaces à la sécurité du public. D'autres chiens sont dressés pour détecter l'odeur humaine et sont utilisés pour retrouver les personnes perdues ou trouver leurs restes après leur mort, ou encore pour tenter de retracer un enfant enlevé jusqu'à l'endroit où il est caché. Certains chiens dressés pour détecter la présence d'accélérants sont utilisés dans les enquêtes sur les incendies criminels. D'autres chiens encore sont dressés pour détecter les drogues illicites dans le cadre de la prévention quotidienne des crimes. Il est évident que les chiens rendent de nombreux services cruciaux à la police. À mon avis, lorsque les policiers se conforment aux exigences de la *Charte*, la common law les autorise à utiliser des chiens renifleurs dans les endroits auxquels ils ont légitimement accès pour effectuer des enquêtes criminelles. Comme c'était le cas dans les affaires *Mann* et *Clayton*, la véritable question qui se pose en l'espèce est celle de la conformité avec la *Charte*.

B. *Is the Common Law Police Power Incompatible With Section 8 of the Charter?*

[58] My colleague LeBel J. writes, at para. 1:

> . . . I acknowledge that the *Charter* does not prohibit the use of sniffer dogs or other investigative techniques by police; it does require, however, that they be used in accordance with the standards established by s. 8.

We agree that the use of a sniffer dog amounts to a "search" because of the significance and quality of the information obtained about concealed contents, whether such contents are in a suspect's belongings or carried on his or her person. (In the present case, the positive "sniff" was itself considered sufficient by the RCMP to arrest the appellant before even physically checking his bag to confirm the presence of illegal drugs.) However, because of the minimal intrusion, contraband-specific nature and pinpoint accuracy of a sniff executed by a trained and well-handled dog (as in the case of Chevy here), it is my view for reasons set out in *A.M.*, released concurrently, that a proper balance between an

B. *Le pouvoir que la common law confère aux policiers est-il incompatible avec l'art. 8 de la Charte?*

[58] Mon collègue le juge LeBel écrit ceci, au par. 1 :

> . . . je reconnais que la *Charte* n'interdit pas l'utilisation de chiens renifleurs ou d'autres techniques d'enquête policière; elle exige toutefois que cette utilisation demeure conforme aux normes établies par l'art. 8.

Nous sommes d'accord pour dire que l'utilisation d'un chien renifleur constitue une « fouille » en raison de l'importance et de la qualité des renseignements qu'elle permet d'obtenir au sujet des contenus dissimulés dans les effets personnels d'un suspect ou sur sa personne. (En l'espèce, les agents de la GRC ont jugé que l'indication positive donnée par le chien renifleur était suffisante en soi pour arrêter l'appelant avant même de vérifier son sac pour confirmer la présence de drogues illégales.) Cependant, à cause de l'atteinte minime portée, de la recherche ciblée d'articles interdits et de la grande fiabilité dont fait montre un chien dressé et bien utilisé (comme Chevy en l'espèce), j'estime, pour les

individual's s. 8 rights and the reasonable demands of law enforcement would be struck by permitting such "sniff" searches on a "reasonable suspicion" standard without requiring prior judicial authorization.

[59] *Hunter v. Southam* is the point of departure. That case involved a challenge to the constitutional validity of s. 10 of the *Combines Investigation Act* which authorized the Director of the government agency to order a search of "any premises [in Canada in] which [he] believes there may be evidence relevant" to one of his ongoing inquiries. There was no effective oversight of the exercise of that power. The Director issued an order that licensed combines officials "to roam at large on the premises of Southam Inc." at the stated address and "elsewhere in Canada" (p. 150). Dickson J. declared this power, as it had been interpreted by the Federal Court of Appeal, to be "effectively unreviewable" (p. 166). He concluded:

> In cases like the present, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the *Charter*, for authorizing search and seizure. [Emphasis added; p. 168.]

Dickson J. recognized that while warrantless searches are presumptively unreasonable, the presumption is rebuttable. He gave the instance of situations where prior authorization is not "feasible" (p. 161), but in subsequent cases he also accepted a lower standard of justification, e.g., for state intervention at a border crossing in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 528 (see also *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652), as did our Court in respect of searches by school authorities in *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393. The jurisprudence thus accepts

raisons exposées dans l'arrêt *A.M.*, dont les motifs sont déposés simultanément, qu'un juste équilibre entre les droits garantis à un individu par l'art. 8 et les impératifs raisonnables de l'application de la loi serait atteint si on permettait que ces fouilles ou perquisitions à l'aide d'un chien renifleur soient effectuées en fonction d'une norme des « soupçons raisonnables » sans qu'il soit nécessaire d'obtenir préalablement une autorisation judiciaire.

[59] L'arrêt *Hunter c. Southam* constitue le point de départ. Il était question dans cette affaire d'une contestation de la constitutionnalité de l'art. 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qui autorisait le directeur d'un organisme fédéral à ordonner une perquisition dans « tout local [au Canada] où [il] croit qu'il peut exister des preuves se rapportant » à l'une de ses enquêtes en cours. L'exercice de ce pouvoir n'était assujetti à aucun mécanisme de surveillance efficace. Le directeur a autorisé les fonctionnaires affectés aux enquêtes sur les coalitions à « fouiller partout dans les locaux de Southam Inc. » à l'adresse indiquée et « ailleurs au Canada » (p. 150). Le juge Dickson a déclaré que ce pouvoir, tel qu'il avait été interprété par la Cour d'appel fédérale, n'était « effectivement pas susceptible de révision » (p. 166). Il a conclu ceci :

> Dans des cas comme la présente affaire, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. [Je souligne; p. 168.]

Le juge Dickson a reconnu que si les fouilles et perquisitions sans mandat sont présumées abusives, cette présomption peut être réfutée. Il a donné l'exemple de cas où il n'est pas « possible » d'obtenir une autorisation préalable (p. 161); il a toutefois accepté dans des décisions ultérieures une norme de justification moins exigeante, par exemple, pour l'intervention de l'État à un passage frontalier dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 528 (voir aussi *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652), comme l'a fait notre Cour à l'égard des fouilles

a measure of flexibility when the demands of reasonableness require. The presumptive requirement of prior judicial authorization remains, of course, and in the present case the onus is on the Crown to demonstrate on a balance of probabilities that the police use of the sniffer dogs in this case and in *A.M.* satisfied the *Collins* requirement for warrantless searches.

[60] For the reasons explained in *A.M.*, I believe the *Charter* test is met in the case of sniffer-dog searches by proof of reasonable suspicion. I believe, therefore, that in cases where reasonable suspicion exists, the first two conditions of the *Collins* test are satisfied (*Collins*, at pp. 278-79; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at pp. 15-16). Where reasonable suspicion exists, a sniffer-dog search is authorized by the common law, and the common law itself is reasonable on the basis of reasonable suspicion, given the minimally intrusive, narrowly targeted and high accuracy of "sniff searches" by dogs with a proven track record like Chevy. However, on the facts of this case, because of the absence of reasonable suspicion, the search fails the first and third branches of the *Collins* test. As there was not reasonable suspicion, the search was not authorized by law and fails the first requirement. Further, it fails on the third requirement, namely that the search be conducted reasonably. The police failed because they exercised their common law power based on speculation rather than objectively verifiable evidence supporting reasonable suspicion.

[61] Of course, it would be *desirable* for Parliament to enact a comprehensive scheme governing police powers. It has not done so. The Court has no mandate to dictate Parliament's agenda. In

effectuées par les autorités scolaires dans l'affaire *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393. La jurisprudence permet donc une certaine souplesse lorsque cela est nécessaire pour satisfaire aux exigences du caractère raisonnable. Bien sûr, l'exigence présumée d'une autorisation judiciaire préalable demeure et, en l'espèce, il incombe au ministère public de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que l'utilisation des chiens renifleurs par les policiers en l'espèce et dans l'affaire *A.M.* satisfaisait à l'exigence de l'arrêt *Collins* concernant les fouilles sans mandat.

[60] Pour les raisons exposées dans l'arrêt *A.M.*, j'estime que, dans le cas d'une fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur, la preuve de l'existence de soupçons raisonnables satisfait au critère de la *Charte*. Je crois donc que les deux premières conditions du critère de l'arrêt *Collins* sont remplies dans les cas où il existe des soupçons raisonnables (*Collins*, p. 278-279; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 15-16). En présence de tels soupçons, la common law autorise les fouilles ou perquisitions à l'aide de chiens renifleurs, et cette règle de common law n'a elle-même rien d'abusif vu le caractère peu envahissant, étroitement ciblé et hautement fiable des fouilles ou perquisitions effectuées à l'aide de chiens qui, comme Chevy, ont fait leurs preuves. Toutefois, les faits de la présente affaire démontrent qu'en raison de l'absence de soupçons raisonnables la fouille effectuée ne satisfait pas aux premier et troisième volets du critère de l'arrêt *Collins*. À cause de l'absence de soupçons raisonnables, la fouille n'était pas autorisée par la loi, de sorte qu'elle ne satisfait pas à la première exigence. Elle ne satisfait pas non plus à la troisième exigence, selon laquelle la fouille ou perquisition doit être effectuée de manière non abusive. Le manquement des policiers découle du fait qu'ils se sont fondés sur des hypothèses pour exercer leur pouvoir de common law au lieu de se fonder sur des éléments de preuve objectivement vérifiables qui justifient des soupçons raisonnables.

[61] Il serait évidemment *souhaitable* que le législateur établisse un régime global applicable à l'exercice des pouvoirs de la police. Celui-ci ne l'a pas fait. La Cour n'est pas habilitée à dicter les

the meantime, the police have to deal with real-world problems. As Sergeant Bouey testified:

> [W]e worked in a proactive policing program and we attempted to modify our practices to do the best practice. But as in all areas of policing, one just can't stop what they're doing. They have to grow and progress, and so the answer to that would be yes, we continued using the police service dog in a modified approach. [Emphasis added; R.R., at pp. 140-41.]

In my view, both the defence bar and the agencies of law enforcement are entitled to have the Court deal with sniffer-dog searches under s. 8 of the *Charter*. To do so does not in any way preclude Parliament from enacting a more comprehensive statutory regime, should its legislative timetable permit.

C. *Shirking Our Constitutional Duties?*

[62] My colleague LeBel J. writes:

> The common law has long been viewed as a law of liberty. Should we move away from that tradition, which is still part of the ethos of our legal system and of our democracy? This case is about the freedom of individuals and the proper function of the courts as guardians of the Constitution. [para. 12]

The common law tradition values liberty, but it has always sought to strike the proper balance (as the *Waterfield/Dedman* test illustrates) between the interests of the individual and the interests of society, including law enforcement. In *Mann*, the Court faced the issue of "reasonable suspicion" in relation to an investigative detention. We decided unanimously that rather than leave the matter to Parliament, our Court ought to (and did) exercise what Iacobucci J. called the Court's "custodial role":

> It is, of course, open to Parliament to enact legislation in line with what it deems the best approach to the

priorités du législateur. Entre-temps, les policiers doivent régler des problèmes concrets. Comme l'a affirmé le sergent Bouey dans son témoignage :

> [TRADUCTION] [L]'opération policière à laquelle nous participions se voulait proactive et nous nous efforcions de modifier nos pratiques pour qu'elles soient les meilleures possibles. Mais comme c'est le cas dans tous les domaines où il faut maintenir l'ordre, on ne peut pas simplement cesser d'agir. Les pratiques doivent évoluer et je répondrais que oui, nous avons continué à utiliser le chien policier en adoptant une approche différente. [Je souligne; d.i., p. 140-141.]

J'estime que les avocats de la défense et les autorités chargées d'appliquer la loi ont le droit de demander à la Cour d'examiner, au regard de l'art. 8 de la *Charte*, la question des fouilles ou perquisitions à l'aide de chiens renifleurs. Cela n'empêche aucunement le législateur d'adopter un régime législatif plus complet si jamais son emploi du temps lui permet de le faire.

C. *La Cour se soustrait-elle à ses obligations constitutionnelles?*

[62] Mon collègue le juge LeBel écrit ceci :

> La common law est depuis longtemps considérée comme une loi de liberté. Devrions-nous nous écarter de cette tradition, qui appartient toujours aux valeurs de notre système juridique et de notre démocratie? Il est question en l'espèce de la liberté des individus et du rôle légitime des tribunaux en tant que gardiens de la Constitution. [par. 12]

La tradition de common law attache de l'importance à la liberté, mais elle a toujours cherché à établir un juste équilibre (comme l'illustre la grille d'analyse de *Waterfield/Dedman*) entre les intérêts de l'individu et ceux de la société, y compris en matière d'application de la loi. Dans l'arrêt *Mann*, la Cour était récemment saisie de la question des « soupçons raisonnables » dans le contexte d'une détention aux fins d'enquête. Nous avons décidé à l'unanimité que, au lieu de s'en remettre au législateur à ce propos, notre Cour devait (ce qu'elle a fait) exercer ce que le juge Iacobucci a appelé son « rôle de gardien de la common law » :

> Certes, le Parlement est libre d'édicter une loi établissant la démarche qu'il juge la meilleure à cet égard,

matter, subject to overarching requirements of constitutional compliance. As well, Parliament may seek to legislate appropriate practice and procedural techniques to ensure that respect for individual liberty is adequately balanced against the interest of officer safety. In the meantime, however, the unregulated use of investigative detentions in policing, their uncertain legal status, and the potential for abuse inherent in such low-visibility exercises of discretionary power are all pressing reasons why the Court must exercise its custodial role. [Emphasis added; para. 18.]

pourvu qu'il se conforme aux exigences primordiales de la Constitution. De même, il est possible que le Parlement veuille instaurer, par voie législative, des pratiques et procédures propres à établir un juste équilibre entre le respect des libertés individuelles et l'intérêt de la société à assurer la sécurité des policiers. Dans l'intervalle, cependant, l'emploi non réglementé des détentions aux fins d'enquête en matière de maintien de l'ordre, le statut juridique incertain de ce type de détention et le risque d'abus que comporte intrinsèquement l'exercice difficilement observable de tels pouvoirs discrétionnaires constituent autant de raisons urgentes pour lesquelles la Cour doit exercer son rôle de gardien de la common law. [Je souligne; par. 18.]

Without resiling from the proposition in *Dedman* that "[t]he police have long functioned under a regime of wide duties but limited powers" (p. 12), the Court accepted in *Mann* its role in developing the common law as "incremental". It noted that it shares with legislators the "responsibility for ensuring that the common law reflects current and emerging societal needs and values"; *Mann*, at para. 17; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670. Indeed, the Court's decision in *Mann* to lower the bar from reasonable and probable cause to reasonable suspicion in the context of a warrantless search is precisely the argument that is being continued in the present appeal, as it was in *Clayton*.

Sans pour autant revenir sur l'affirmation de l'arrêt *Dedman* voulant que « [l]a police [ait] longtemps fonctionné selon un régime de devoirs étendus mais de pouvoirs limités » (p. 12), la Cour a reconnu, dans l'arrêt *Mann*, qu'elle a pour rôle de veiller à l'adaptation « progressive » des règles de common law. Elle a fait observer qu'elle partage avec le législateur la « responsabilité de faire en sorte que la common law reflète l'état actuel des besoins et des valeurs de la société et leur évolution » : *Mann*, par. 17; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670. En fait, la décision de la Cour, dans l'arrêt *Mann*, d'abaisser la norme applicable en la faisant passer de la norme des motifs raisonnables et probables à celle des soupçons raisonnables dans le cas d'une fouille sans mandat est exactement l'argument qui est repris dans le présent pourvoi, tout comme il l'a été dans l'affaire *Clayton*.

D. *Long Tradition of the Use of "Sniffer Dogs"*

D. *La longue tradition d'utilisation des « chiens renifleurs »*

[63] My colleague LeBel J. writes:

[63] Mon collègue le juge LeBel écrit ceci :

> [In this appeal,] the record remains singularly bereft of useful information about sniffer dogs. The available information is in essence limited to the facts that they are used for investigative purposes in a variety of circumstances and that police officers believe in their overall reliability and to the praise of a particular dog deployed at the Calgary bus station. [para. 15]

> [D]ans le présent pourvoi, le dossier est particulièrement pauvre en renseignements utiles concernant les chiens renifleurs. L'information disponible se limite essentiellement au fait que ces chiens sont utilisés aux fins d'enquête dans diverses circonstances et que les policiers croient qu'ils sont généralement fiables, et aux éloges dont fait l'objet un chien qui a été utilisé à la gare d'autobus de Calgary. [par. 15]

In my view, the reasonableness of a sniffer-dog search will depend in part on the specific track record of the dog in question. The track record of

J'estime que le caractère raisonnable d'une fouille ou perquisition à l'aide d'un chien renifleur dépend en partie des résultats auparavant obtenus par le

the dog Chevy used in this case was 90 to 92 percent accurate. To the extent that LeBel J. protests against overgeneralizing about the track record of sniffer dogs in general, I believe his argument is with the reasons of our colleagues Bastarache and Deschamps JJ. respectively.

[64] Bastarache J. writes that

> Chevy is not alone with this high degree of accuracy — the trial judge found that a sniffer dog's signal that drugs have been detected is reliable over 92 percent of the time. [para. 220]

Deschamps J. writes that:

> The primary reason that sniffer dogs appear to be so attractive as a law enforcement tool is their keen sense of smell and high degree of accuracy. According to Romaine J., the evidence disclosed "that a dog sniff is reliable over 92% of the time in supporting an inference of the presence of drugs" (para. 73). With such a high success rate, a sniffer dog may properly be considered comparable to a very reliable informer. [para. 132]

[65] At the trial in this case, the *only* evidence concerning the reliability of Chevy is to be found in the testimony of Sergeant Bouey (R.R., at pp. 118 and 135), who mentioned that Chevy's accuracy was evaluated in a previous case as lying between 90 and 92 percent. In finding that the evidence disclosed that "a dog sniff is reliable over 92% of the time in supporting an inference of the presence of drugs" (para. 73), Romaine J. either misspoke or incorrectly extended a statistic about a particular dog to the performance of *all* sniffer dogs, a conclusion for which there was no evidentiary basis. Chevy was not an average dog. In fact, her nose was described by another trial judge as "notoriously accurate at detecting illegal drugs" (*R. v. Mercer* (2004), 45 Alta. L.R. (4th) 144, 2004 ABPC 94, at para. 11). It is statistically incorrect to extrapolate the reliability of all sniffer dogs from the track record of one single dog.

chien en question. Le taux de réussite de Chevy, le chien qui a été utilisé en l'espèce, était de 90 à 92 pour 100. Dans la mesure où le juge LeBel s'élève contre une extrapolation excessive des résultats obtenus par les chiens renifleurs en général, je crois que son désaccord porte sur les motifs respectifs de nos collègues les juges Bastarache et Deschamps.

[64] Le juge Bastarache affirme que

> Chevy n'est pas le seul chien à faire montre d'une si grande fiabilité — la juge du procès a conclu que le signal que donne un chien renifleur pour indiquer qu'il a détecté des drogues est fiable plus de 92 pour 100 du temps. [par. 220]

La juge Deschamps écrit ceci :

> Il semble que ce soit avant tout en raison de leur odorat très développé et de leur grande fiabilité que les chiens renifleurs sont si attrayants comme outil d'application de la loi. Selon la juge Romaine, la preuve révélait [TRADUCTION] « que le chien renifleur est fiable plus de 92 pour 100 du temps pour confirmer la présence de drogues » (par. 73). Avec un taux de réussite aussi élevé, le chien renifleur peut se comparer à juste titre à un informateur très fiable. [par. 132]

[65] Lors du procès tenu en l'espèce, le *seul* élément de preuve concernant la fiabilité de Chevy résidait dans le témoignage du sergent Bouey (d.i., p. 118 et 135), qui a mentionné que, dans une affaire antérieure, on avait estimé que le taux de réussite de Chevy se situait entre 90 et 92 pour 100. En concluant que la preuve révélait que [TRADUCTION] « le chien renifleur est fiable plus de 92 pour 100 du temps pour confirmer la présence de drogues » (par. 73), la juge Romaine s'est mal exprimée ou a attribué à tort à *tous* les chiens renifleurs une statistique relative à un chien particulier, une conclusion qui ne reposait sur aucun élément de preuve. Chevy n'était pas un chien ordinaire. En fait, un autre juge de première instance a qualifié le flair de Chevy de [TRADUCTION] « notoirement fiable pour détecter la présence de drogues illégales » (*R. c. Mercer* (2004), 45 Alta L.R. (4th) 144, 2004 ABPC 94, par. 11). D'un point de vue statistique, il est incorrect d'extrapoler des résultats d'un seul chien que l'ensemble des chiens renifleurs sont fiables.

[66] The fact remains, however, that sniffer dogs have been used successfully in Canada for decades for investigative purposes. Although this case falls to be determined on the evidence of reliability specific to Chevy, the following historical background may be of interest:

In Canada, the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) used privately owned dogs to assist in their investigations starting in 1908. The RCMP's first official dog section was formed in 1935, but it was not until the late 1950s and 1960s that dedicated units were established by provincial and municipal forces in significant numbers. Since then, the use of police dogs has become so common that they are a routine part of most major police forces.

(T. Shaw, " The Law on the Use of Police Dogs in Canada" (2004), 48 *Crim. L.Q.* 337, at p. 337)

[67] While in Quebec there is no grant of a statutory power as such for police use of sniffer dogs, the Attorney General of Quebec notes in his factum:

[TRANSLATION] The *Police Act* now requires that each city with more than 200,000 inhabitants maintain a dog team for drug-related purposes and for guarding and tracking. [para. 15]

E. *Rejection of the "Generalized Suspicion" Standard*

[68] My colleague Bastarache J. writes, at para. 251:

[A] public bus terminal is precisely the type of environment where a sniffer-dog search subsequent to generalized suspicion is appropriate. As I have mentioned, I find public depots to be analogous to airports, as in both cases the travelling public has a reduced expectation of privacy and an understanding that the state has an interest in preventing the public transportation system from being used to transport illicit substances. [Emphasis added.]

[69] In her reasons in *A.M.*, Deschamps J. makes the following observation:

The controlled environment of a school's property is also analogous to the customs context. In *Simmons*, Dickson C.J. held at p. 528 that the degree of personal

[66] Cependant, il reste que les chiens renifleurs sont utilisés avec succès aux fins d'enquête depuis des décennies au Canada. Même si le présent pourvoi doit être tranché en fonction de la preuve de la fiabilité démontrée par Chevy, l'historique suivant peut se révéler intéressant :

[TRADUCTION] En 1908, la Gendarmerie royale du Canada (GRC) a commencé à effectuer des enquêtes à l'aide de chiens appartenant à des particuliers. La première escouade canine ou cynophile officielle de la GRC a été créée en 1935, mais ce n'est qu'à la fin des années 1950 et 1960 qu'un nombre important de brigades spécialisées ont été créées par les services de police provinciaux et municipaux. Depuis lors, le recours aux chiens policiers est devenu si courant que ces chiens font systématiquement partie des grands corps policiers.

(T. Shaw, « The Law on the Use of Police Dogs in Canada » (2004), 48 *Crim. L.Q.* 337, p. 337)

[67] Même si au Québec la loi n'habilite pas expressément les policiers à utiliser des chiens renifleurs, le procureur général du Québec fait remarquer ce qui suit dans son mémoire :

La *Loi sur la police* prévoit maintenant que les villes de plus de 200 000 habitants doivent maintenir une équipe cynophile en matière de drogue, protection et pistage. [par. 15]

E. *Rejet de la norme des « soupçons généraux »*

[68] Mon collègue le juge Bastarache écrit ceci, au par. 251 :

[U]ne gare d'autobus est précisément le genre d'endroit où il est approprié d'effectuer une fouille à l'aide d'un chien renifleur sur la foi de soupçons généraux. Comme je l'ai déjà dit, j'estime qu'une gare d'autobus s'apparente à un aéroport étant donné que, dans les deux cas, le voyageur a des attentes moindres en matière de vie privée et comprend que l'État a intérêt à empêcher que le système de transport public en question soit utilisé pour transporter des substances illicites. [Je souligne.]

[69] Dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'arrêt *A.M.*, la juge Deschamps fait observer ceci :

Le milieu contrôlé que l'on trouve dans l'enceinte d'une école peut également se comparer au contexte douanier. Dans *Simmons*, le juge en chef Dickson a

privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations, both because the state has an important interest in enforcing customs laws in the interest of public safety and because individuals have a significantly reduced expectation of privacy. [para. 135]

[70] I do not accept these analogies as correct. In *Simmons*, this Court carved out an exception to the general principles of *Hunter v. Southam* because of the highly specific customs context. The exception is based on the view that the state has a compelling interest in the preservation of national sovereignty and the protection of its borders, an interest which underlies both the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), and the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2.

[71] In *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, the Court stated the following:

> ... at a border the state has an interest in controlling entry into the country. Individuals expect to undergo questioning with respect to their entry into Canada whether that be in the immigration or customs context. These interests and expectations dictate that examination of a person for purposes of entry must be analyzed differently from the questioning of a person within Canada. [Emphasis added; p. 1072.]

Border considerations do not apply at the Calgary bus station or at the local public school in *A.M.* Nobody should expect to be randomly cross-examined by the police when boarding the Vancouver to Calgary bus. This is unacceptable in a free society. Nor should students be called on to justify themselves as if crossing a border just because a school is, for some purposes, a regulated environment.

[72] In *Monney*, the Court insisted that "border crossings represent a unique factual circumstance for the purposes of a s. 8 analysis" (para. 42). Neither *Simmons* nor *Monney* provide authority for applying less stringent conditions on physical

affirmé, à la p. 528, que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations, parce que l'État a tout intérêt à faire appliquer les lois sur les douanes dans l'intérêt de la sécurité du public et parce que les attentes des gens en matière de vie privée sont bien moindres. [par. 135]

[70] À mon avis, ces analogies sont boiteuses. Dans l'arrêt *Simmons*, notre Cour a établi une exception aux principes généraux de l'arrêt *Hunter c. Southam* en raison du caractère très particulier du contexte douanier. L'exception est fondée sur l'opinion selon laquelle l'État a un intérêt impérieux à préserver la souveraineté nationale et à protéger ses frontières, un intérêt qui sous-tend à la fois la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2e suppl.), et la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2.

[71] Dans l'arrêt *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, la Cour a affirmé ce qui suit :

> ... à la frontière l'État a intérêt à contrôler l'admission au pays. Les gens s'attendent à subir un interrogatoire concernant leur admission au Canada, et ce, tant dans un contexte d'immigration que dans un contexte de douane. À cause de ces intérêts et de ces attentes, l'interrogatoire d'une personne aux fins de son admission doit être analysé différemment de l'interrogatoire d'une personne qui se trouve au Canada. [Je souligne; p. 1072.]

Les considérations de frontière ne s'appliquent ni à la gare d'autobus de Calgary ni à l'école publique locale dont il est question dans l'arrêt *A.M.* Personne ne devrait s'attendre à être contre-interrogé au hasard par des policiers au moment de monter à bord de l'autobus qui effectue le trajet entre Vancouver et Calgary. Une telle mesure est inacceptable dans une société libre. De même, les étudiants ne devraient pas avoir à s'expliquer, comme s'ils franchissaient une frontière, simplement parce qu'une école est, à certaines fins, un milieu contrôlé.

[72] Dans l'arrêt *Monney*, la Cour a souligné que « les passages frontaliers constituent une situation factuelle unique en ce qui concerne l'analyse fondée sur l'art. 8 » (par. 42). Ni l'arrêt *Simmons* ni l'arrêt *Monney* ne permettent d'assujettir à des

searches conducted in a domestic context, and the reasoning developed in these cases cannot be transposed to the school setting or bus depots.

[73] None of this, in my view, provides any legal basis for a "generalized suspicion" test. This is not to say that sniffer dogs can never be deployed where for example the police have evidence that a crime has actually been committed and the police have reasonable suspicion in relation to one or more members of a group of people closely linked in proximity to the crime (as in *Clayton* and *Mann*) but cannot identify the guilty member of the group. *But here the police had no evidence that any crime had been committed at all.* Nor was any evidence submitted in this case to establish that bus depots in general or Calgary in particular are rampant with drug dealers. The police knew that buses going from Vancouver to Calgary were sometimes used by drug couriers, and while this is a relevant factor to consider, it is not sufficient by itself to justify submitting every passenger on every bus to a random sniff search based on a new doctrine of "generalized suspicion".

[74] If, in future, Parliament should conclude that the problem of illegal drugs in this country is such as to require in the larger public interest searches based on "generalized suspicion" by police dogs, it will be open to the government to attempt to justify under s. 1 of the *Charter* such searches as a "reasonable limit" on the constitutional rights of travellers to come and go as they please. That, of course, would be a different case and the validity of such a law, if challenged, would have to be examined. Such a change is not something that should be contemplated by the Court. It would not be incremental. It would be massive.

conditions moins strictes les fouilles ou perquisitions effectuées à l'intérieur du pays, et le raisonnement adopté dans ces arrêts ne peut pas être transposé au contexte scolaire ou à celui d'une gare d'autobus.

[73] À mon avis, rien de tout cela ne fournit un fondement juridique au critère des « soupçons généraux ». Cela ne signifie pas que les chiens renifleurs ne peuvent jamais être utilisés dans le cas où, par exemple, les policiers ont la preuve qu'un crime a vraiment été commis et ont des soupçons raisonnables concernant un ou plusieurs membres d'un groupe de personnes étroitement liées au crime (comme dans les affaires *Clayton* et *Mann*), mais où ils ne sont pas en mesure d'identifier le coupable parmi eux. *Or, en l'espèce, les policiers n'avaient aucune preuve qu'un crime quelconque avait été commis.* De même, on a produit en l'espèce aucun élément de preuve établissant que les gares d'autobus en général, ou celle de Calgary en particulier, fourmillent de revendeurs de drogue. Les policiers savaient que les autobus qui effectuent le trajet entre Vancouver et Calgary étaient parfois utilisés par des passeurs de drogue et, bien que ce fait soit pertinent, il ne justifie pas à lui seul de soumettre tous les passagers de tous les autobus à une fouille au hasard à l'aide de chiens renifleurs sur la base d'une nouvelle doctrine des « soupçons généraux ».

[74] Si, à l'avenir, le législateur devait conclure que le problème des drogues illégales dans notre pays a pris une telle ampleur qu'il est dans l'intérêt public général d'effectuer des fouilles à l'aide de chiens policiers sur la foi de « soupçons généraux », le gouvernement pourra alors tenter de démontrer, au regard de l'article premier, que ces fouilles sont justifiées en tant que « limite raisonnable » au droit constitutionnel des voyageurs de se déplacer comme ils l'entendent. Il va sans dire que la situation serait alors différente et qu'il faudrait examiner la validité d'une telle loi si elle était contestée. Un tel changement n'est pas quelque chose que notre Cour devrait envisager. Il ne serait pas progressif. Il serait radical.

F. *What Constitutes Reasonable Suspicion?*

[75] The "reasonable suspicion" standard is not a new juridical standard called into existence for the purposes of this case. "Suspicion" is an expectation that the targeted individual is possibly engaged in some criminal activity. A "reasonable" suspicion means something more than a mere suspicion and something less than a belief based upon reasonable and probable grounds. As observed by P. Sankoff and S. Perrault, "Suspicious Searches: What's so Reasonable About Them?" (1999), 24 C.R. (5th) 123:

[T]he fundamental distinction between mere suspicion and reasonable suspicion lies in the fact that in the latter case, a sincerely held subjective belief is insufficient. Instead, to justify such a search, the suspicion must be supported by factual elements which can be adduced in evidence and permit an independent judicial assessment.

. . .

What distinguishes "reasonable suspicion" from the higher standard of "reasonable and probable grounds" is merely the degree of probability demonstrating that a person is involved in criminal activity, not the existence of objectively ascertainable facts which, in both cases, must exist to support the search. [pp. 125-26]

Writing about "reasonable suspicion" in the context of the entrapment defence, Lamer J. in *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, thought it unwise to elaborate "in the abstract" (p. 965). See also *R. v. Cahill* (1992), 13 C.R. (4th) 327 (B.C.C.A.), at p. 339. However, in *Alabama v. White*, 496 U.S. 325 (1990), the U.S. Supreme Court contrasted "reasonable suspicion" with reasonable grounds of belief (or, what the U.S. lawyers call "probable cause"):

Reasonable suspicion is a less demanding standard than probable cause not only in the sense that reasonable suspicion can be established with information that

F. *Qu'est-ce qui constitue des soupçons raisonnables?*

[75] La norme des « soupçons raisonnables » n'est pas une nouvelle norme juridique créée pour les besoins de la présente affaire. Les « soupçons » sont une impression que l'individu ciblé se livre à une activité criminelle. Les soupçons « raisonnables » sont plus que de simples soupçons, mais ils ne correspondent pas à une croyance fondée sur des motifs raisonnables et probables. Comme le font observer P. Sankoff et S. Perrault dans leur article intitulé « Suspicious Searches : What's so Reasonable About Them? » (1999), 24 C.R. (5th) 123 :

[TRADUCTION] [L]a distinction fondamentale entre un simple soupçon et un soupçon raisonnable tient au fait que, dans ce dernier cas, une croyance subjective sincère ne suffit pas. Pour justifier une fouille ou une perquisition, il faut plutôt que les soupçons reposent sur des éléments factuels pouvant être présentés en preuve et faire l'objet d'une appréciation judiciaire indépendante.

. . .

Ce qui distingue les « soupçons raisonnables » de la norme plus stricte des « motifs raisonnables et probables » est simplement le degré de probabilité qu'une personne se livre à une activité criminelle, et non l'existence de faits objectivement vérifiables, qui, dans les deux cas, sont nécessaires pour justifier la fouille ou la perquisition. [p. 125-126]

Traitant des « soupçons raisonnables » dans le contexte du moyen de défense fondé sur la provocation policière, le juge Lamer a estimé dans l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, qu'il ne serait pas sage de traiter cette question « dans l'abstrait » (p. 965). Voir également l'arrêt *R. c. Cahill* (1992), 13 C.R. (4th) 327 (C.A.C.-B.), p. 339. Toutefois, dans l'arrêt *Alabama c. White*, 496 U.S. 325 (1990), la Cour suprême des États-Unis a opposé les « soupçons raisonnables » aux motifs raisonnables de croire (ou à ce que les avocats américains appellent la [TRADUCTION] « cause probable ») :

[TRADUCTION] La norme des soupçons raisonnables est moins exigeante que celle de la cause probable non seulement parce que les soupçons raisonnables peuvent

is different in quantity or content than that required to establish probable cause, but also in the sense that reasonable suspicion can arise from information that is less reliable than that required to show probable cause. [p. 330]

[76] The U.S. Fourth Amendment cases were reviewed by the Ontario Court of Appeal in connection with investigative stops based on reasonable suspicion in *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, where Doherty J.A. concluded, at p. 202:

These cases require a constellation of objectively discernible facts which give the detaining officer reasonable cause to suspect that the detainee is criminally implicated in the activity under investigation. The requirement that the facts must meet an objectively discernible standard . . . serves to avoid indiscriminate and discriminatory exercises of the police power. [Emphasis added.]

The Court of Appeal stated that a hunch based on intuition gained by experience cannot suffice as "articulable cause". The *Simpson* description of "articulable cause" was treated as equivalent to "reasonable suspicion" in the context of s. 99(1)(*f*) of the *Customs Act* in *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, *per* Gonthier J., at para. 24, and Major J., at para. 52, and I conclude that it applies to "reasonable suspicion" in the present context as well. See also *R. v. Ferris* (1998), 126 C.C.C. (3d) 298 (B.C.C.A.), at para. 37.

[77] It is important to emphasize the requirement for *objective* "articulable" grounds, as did the B.C. Court of Appeal in *R. v. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47, at para. 23:

The fundamental point is that the trial judge must be in a position to make an independent assessment of the facts upon which the suspicion is based.

[78] The importance of objective grounds in the present context, of course, is that where police initiate warrantless "sniff" searches there is no before-the-fact judicial authorization. The after-the-fact review can only truly be an "independent

reposer sur des renseignements différents, sur le plan de la quantité et du contenu, de ceux requis pour établir l'existence d'une cause probable, mais également parce que des soupçons raisonnables peuvent découler de renseignements moins fiables que ceux requis pour démontrer l'existence d'une cause probable. [p. 330]

[76] La Cour d'appel de l'Ontario a examiné la jurisprudence américaine sur le Quatrième amendement et les interpellations aux fins d'enquête fondées sur des soupçons raisonnables, dans l'arrêt *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, où le juge Doherty a conclu, à la p. 202 :

[TRADUCTION] Ces affaires exigent qu'il existe un ensemble de faits objectivement discernables donnant au policier qui exerce la détention un motif raisonnable de soupçonner que la personne détenue est criminellement impliquée dans l'activité visée par l'enquête. L'exigence que les faits satisfassent à une norme objectivement discernable [. . .] sert à empêcher l'exercice inconsidéré et discriminatoire des pouvoirs de la police. [Je souligne.]

La Cour d'appel a statué que les « motifs concrets » ne sauraient reposer sur la seule intuition du policier, basée sur son expérience. Dans l'arrêt *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312 (le juge Gonthier, par. 24, et le juge Major, par. 52), les « motifs concrets » décrits dans l'arrêt *Simpson* ont été traités comme équivalant aux « soupçons raisonnables » dans le contexte de l'al. 99(1)*f*) de la *Loi sur les douanes*, et je conclus que cela s'applique aux « soupçons raisonnables » dans le présent contexte. Voir aussi *R. c. Ferris* (1998), 126 C.C.C. (3d) 298 (C.A.C.-B.), par. 37.

[77] Il importe de souligner l'exigence de motifs *objectifs* « concrets », comme l'a fait la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47, par. 23 :

[TRADUCTION] Il est essentiel que le juge du procès soit en mesure d'apprécier de façon indépendante les faits sur lesquels reposent les soupçons.

[78] L'importance des motifs objectifs dans le présent contexte résulte évidemment du fait que les policiers n'obtiennent pas une autorisation judiciaire avant de procéder à une fouille ou perquisition sans mandat à l'aide d'un chien renifleur. L'examen après

assessment" if there are objective grounds put forward to support the personal opinion of the police officer. As Doherty J.A. commented in *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.):

The protection against police excess rests not only in the standard itself, but in its retrospective application. [para. 65]

[79] The objective of the Jetway program and similar police operations in the U.S. is therefore to identify characteristics "generally associated with narcotics traffickers" (W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (4th ed. 2004), vol. 4, at p. 503) without sweeping up "a very large category of presumably innocent travelers, who would be subject to virtually random seizures were the Court to conclude that as little foundation as there was in this case could justify a seizure" (*Reid v. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980), at p. 441). In these cases, the *Charter* protection is of immediate concern not only to accused drug dealers but to the general travelling public who have every right to go about their law-abiding business without being the subject of random police searches, by dog or otherwise.

G. *Applying the Reasonable Suspicion Standard in This Case*

[80] For purposes of analysis, it is useful to divide the encounter between the police and the appellant into stages:

(1) From the Time the Appellant Exited the Bus Until Sergeant MacPhee Identified Himself as a Policeman

[81] There was some suggestion by Constable Ritchie that Chevy was in a position to sniff all passengers getting off the overnight bus from Vancouver and "alerted" to the appellant as he

le fait ne peut véritablement constituer une « appréciation indépendante » que si des motifs objectifs sont invoqués pour justifier l'opinion personnelle du policier. Comme le juge Doherty l'a fait remarquer dans l'arrêt *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.) :

[TRADUCTION] La protection contre les abus policiers tient non seulement à la norme elle-même, mais aussi à son application rétrospective. [par. 65]

[79] L'objectif du programme Jetway et des opérations policières semblables qui sont menées aux États-Unis est donc de déceler les caractéristiques [TRADUCTION] « généralement associées aux narcotrafiquants » (W. R. LaFave, *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment* (4e éd. 2004), vol. 4, p. 503) sans toucher à [TRADUCTION] « une catégorie très vaste de voyageurs vraisemblablement innocents qui seraient soumis à des fouilles effectuées pratiquement au hasard si la Cour devait conclure que des motifs aussi ténus que ceux qui ont été invoqués en l'espèce pouvaient justifier une saisie » (*Reid c. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980), p. 441). Dans les présentes affaires, la question de la protection offerte par la *Charte* intéresse directement non seulement les revendeurs de drogue qui font l'objet d'accusations, mais aussi l'ensemble des voyageurs qui ont parfaitement le droit d'exercer leurs activités légales sans être soumis à des fouilles policières effectuées au hasard à l'aide d'un chien ou autrement.

G. *Application de la norme des soupçons raisonnables en l'espèce*

[80] Pour les besoins de l'analyse, il est utile de diviser en étapes la rencontre entre les policiers et l'appelant :

(1) La période écoulée entre le moment où l'appelant est sorti de l'autobus et celui où le sergent MacPhee s'est présenté comme étant un policier

[81] L'agent Ritchie a indiqué que Chevy était en mesure de flairer tous les passagers qui descendaient de l'autobus ayant effectué le trajet de nuit depuis Vancouver et qu'elle a « éveillé l'attention »

alighted, i.e. *before* any of the observations relied on by Sergeant MacPhee. Constable Ritchie testified as follows:

A . . . at the time that I observed Mr. Kang-Brown, I would have been to the driver's side of -- of the bus watching the passengers go out.

. . .

Q Can I just back you up a second before we get too much further. You started to mention something about going through the lineup, and I think I interrupted you, that the dog did something in the lineup with respect to someone. And I'm sorry, I think I interrupted you there.

A Yes, the dog -- actually my observation was that Chevy showed an interest in Mr. Kang-Brown and started to go towards Mr. Kang-Brown. And due to the -- the activity at the time and the people and the movement and stuff, Corporal Bouey redirected Chevy.

. . .

Q So you're confident that you advised Sergeant MacPhee about what happened with the dog and Mr. Kang Brown?

A Yes. [Trial tr., at pp. 133, 134 and 193]

Sergeant MacPhee testified that he did not recall such a conversation and the trial judge made no finding one way or the other. If in fact the police had conducted a sniff search of everyone as they got off the bus, it would clearly have constituted a random search and would therefore have been unconstitutional. The appellant made no particular issue of this point and I therefore put it aside.

[82] Sergeant MacPhee was in plain clothes sitting on a "hitching" rail near the arriving bus. There was nothing in his appearance to identify him as a policeman. Sergeant MacPhee testified

sur l'appelant au moment où il descendait, c'est-à-dire *avant* que les observations invoquées par le sergent MacPhee aient pu être faites. L'agent Ritchie a affirmé ceci dans son témoignage :

[TRADUCTION]

R . . . au moment où j'observais M. Kang-Brown, j'étais du côté du chauffeur -- de l'autobus, occupé à surveiller les passagers qui sortaient.

. . .

Q Permettez-moi de revenir un peu en arrière avant d'aller plus loin. Vous avez commencé à mentionner quelque chose au sujet de l'observation des gens qui faisaient la queue, et je crois vous avoir interrompu, c'est-à-dire que le chien a fait quelque chose au sujet d'une personne qui faisait la queue. Je m'excuse, je crois vous avoir interrompu à ce moment-là.

R Oui, le chien -- en fait, j'ai remarqué que Chevy s'intéressait à M. Kang-Brown et qu'il a commencé à se diriger vers lui. Et en raison de -- de l'activité qu'il y avait à ce moment et des nombreuses allées et venues, etc., le caporal Bouey a fait prendre une autre direction à Chevy.

. . .

Q Donc, vous êtes persuadé d'avoir informé le sergent MacPhee de ce qui s'est produit avec le chien et M. Kang-Brown?

R Oui. [tr. procès, p. 133, 134 et 193]

Le sergent MacPhee a témoigné qu'il ne se souvenait pas d'avoir eu une telle conversation et la juge du procès n'a tiré aucune conclusion dans un sens ou dans l'autre à ce sujet. Si, en réalité, les policiers avaient fouillé à l'aide du chien renifleur toutes les personnes qui descendaient de l'autobus, une telle mesure aurait clairement constitué une fouille au hasard et aurait donc été inconstitutionnelle. L'appelant n'a pas trop insisté sur ce point, que je vais donc le laisser de côté.

[82] Le sergent MacPhee, habillé en civil, était assis sur une rampe « d'attache » près de l'autobus qui venait d'arriver. Rien dans son apparence ne permettait de savoir qu'il était un policier. Le

that the appellant looked at him on three occasions over a period of a few minutes, initially an "elongated stare" of a few seconds as the appellant got off the bus, subsequently a "rubberneck" look as the appellant entered the bus station washroom, and thirdly "eye contact" as the appellant came back into view and put on his winter coat. These "indicia" are part of the teaching of the Jetway program. On all three occasions, Sergeant MacPhee, to all outward appearances just a casually dressed individual, was also looking at the appellant. The appellant was given no outward sign that he was in eyeball to eyeball contact with a policeman. Innocent members of the public might find it odd that a complete stranger was sitting on a railing staring at them, and react in different ways.

[83] Exchanging looks in such circumstances may not be of much significance to the RCMP as is shown by another Alberta case, *R. v. Dinh* (2001), 284 A.R. 304, 2001 ABPC 48. In that case, Sergeant (then Constable) Bouey and Sergeant (then Corporal) MacPhee were again teamed up at a bus station. Constable Bouey testified in that case that she found it suspicious that the accused Lam made eye contact with her when she entered the bus; however, she later testified that she would also have found it suspicious if he had *not* made eye contact:

Corporal MacPhee testified that he "felt" Dinh and Lam appeared nervous. He also testified that because the other passengers appeared to have just awakened, and were therefore also delayed in departing from the bus, they did not arouse his suspicion as possible drug couriers.

. . .

Upon entering the bus, Constable Bouey had [the sniffer dog] Boh search empty seats near the front of the bus. Dinh and Lam and the other couple were at the back of the bus. Bouey stated that Lam made eye contact with her and although this enhanced her suspicions she acknowledged on cross-examination that she

sergent MacPhee a témoigné que l'appelant l'avait regardé à trois reprises au cours d'une période de quelques minutes, premièrement en lui jetant un [TRADUCTION] « long regard » de quelques secondes alors qu'il descendait de l'autobus, deuxièmement en jetant un « regard vers l'arrière » au moment où il entrait dans les toilettes de la gare et, troisièmement, en « échangeant un regard » avec lui lorsqu'il est réapparu et qu'il a revêtu son manteau d'hiver. Ces « indices » font partie de l'enseignement donné dans le cadre du programme Jetway. À chacune de ces trois occasions, le sergent MacPhee, qui selon toute apparence n'était qu'un individu en tenue décontractée, regardait lui aussi l'appelant. Aucun signe extérieur ne permettait à l'appelant de croire qu'il regardait un policier dans les yeux. Un citoyen innocent pourrait trouver étrange qu'un parfait étranger assis sur une rampe le dévisage et pourrait réagir de différentes façons.

[83] Il se peut que l'échange de regards en pareilles circonstances n'ait pas beaucoup d'importance pour les agents de la GRC, comme en fait foi une autre décision albertaine : *R. c. Dinh* (2001), 284 A.R. 304, 2001 ABPC 48. Dans cette affaire, le sergent Bouey (alors simple agent) et le sergent MacPhee (alors caporal) faisaient là encore équipe dans une gare d'autobus. Dans son témoignage, l'agent Bouey a déclaré qu'elle avait trouvé suspect que l'accusé Lam échange un regard avec elle au moment où elle entrait dans l'autobus; toutefois, elle a par la suite indiqué qu'elle aurait également trouvé suspect qu'il *ne* la regarde *pas* :

[TRADUCTION] Le caporal MacPhee a témoigné qu'il « sentait » que M^me^ Dinh et M. Lam étaient nerveux. Il a ajouté qu'il n'avait pas cru que les autres passagers pouvaient être des passeurs de drogue parce qu'ils semblaient venir tout juste de se réveiller et que, pour cette raison, ils tardaient eux aussi à sortir de l'autobus.

. . .

En entrant dans l'autobus, l'agent Bouey a fait fouiller par Boh [le chien renifleur] les sièges vides situés dans la partie avant de l'autobus. M^me^ Dinh et M. Lam ainsi que l'autre couple prenaient place à l'arrière de l'autobus. L'agent Bouey a dit que M. Lam avait échangé un regard avec elle et, bien que cela ait alimenté ses soupçons, elle

would also have become suspicious if he had not done so. [Emphasis added; paras. 7 and 9.]

If "eye contact" or "no eye contact" are both of concern to the RCMP, this seems an ambiguous basis for particularized suspicion. Everyone getting off the bus will either be making eye contact or not making eye contact. In *Dinh*, the Alberta Court of Appeal excluded the evidence.

[84] Other than "elongated stares" and "rubbernecking", Sergeant MacPhee testified that the overnight bus from Vancouver was recognized as a courier run (although he conceded that at this point he had no idea where the appellant boarded the bus between Vancouver and Calgary). The origin and destination may well be of significance but, taken alone, of course, does not put everyone on the bus under suspicion. Although the appellant was described as an "East Indian male", Sergeant MacPhee testified that no racial profiling was involved (R.R., at pp. 52-53). He felt that the appellant had behaved oddly in relation to luggage, firstly by circling the bus to the luggage compartment when he had nothing to retrieve, and secondly by keeping his untagged carry-on bag at shoulder height even though it had no shoulder straps. At that point, Sergeant MacPhee introduced himself to the appellant as a police officer. The most that could be said at that point in terms of objective indicia is that the appellant had been identified as a person of interest to Sergeant MacPhee.

(2) The Period After Identification of Sergeant MacPhee as a Police Officer but Before the Sniffer-Dog Search

[85] As stated earlier, Sergeant MacPhee said to the appellant "Good morning, sir. I'm a police officer out here at the bus terminal. You're not in any

a reconnu, lors du contre-interrogatoire, qu'elle aurait également trouvé suspect qu'il ne la regarde pas. [Je souligne; par. 7 et 9.]

Si l'« échange de regard » et l'« absence d'échange de regard » présentent tous les deux un intérêt pour les agents de la GRC, cela paraît être une raison obscure d'avoir des soupçons précis. Certaines personnes qui descendent d'un autobus échangeront un regard alors que d'autres ne le feront pas. Dans l'affaire *Dinh*, la Cour d'appel de l'Alberta a écarté la preuve qui lui avait été présentée.

[84] En plus de mentionner les « longs regards » et les « regards vers l'arrière », le sergent MacPhee a témoigné que l'autobus effectuant le trajet de nuit depuis Vancouver était reconnu comme un moyen de transport utilisé par les passeurs de drogue (tout en admettant qu'il n'avait alors aucune idée de l'endroit où l'appelant avait pris l'autobus entre Vancouver et Calgary). Les lieux de départ et de destination peuvent bien avoir de l'importance, mais il est évident qu'à eux seuls ils ne font pas peser des soupçons sur tous les passagers de l'autobus. Bien que l'appelant ait été décrit comme un [TRADUCTION] « homme des Indes orientales », le sergent MacPhee a affirmé qu'aucun profilage racial n'était en cause (d.i., p. 52-53). Il a estimé que l'appelant avait adopté un comportement étrange à l'égard des bagages, premièrement en faisant le tour de l'autobus jusqu'à la soute à bagages alors qu'il n'avait rien à récupérer, et deuxièmement, en portant à l'épaule son sac fourre-tout auquel n'était fixée aucune étiquette d'identification, et ce, même si le sac en question n'était muni d'aucune bandoulière. C'est à ce moment que le sergent MacPhee s'est présenté à l'appelant comme étant un policier. Tout ce qu'on pouvait alors affirmer au sujet des indices objectifs était que le sergent MacPhee avait jugé que l'appelant présentait un intérêt.

(2) La période écoulée à partir du moment où le sergent MacPhee s'est présenté comme étant un policier, mais avant la fouille à l'aide du chien renifleur

[85] Comme nous l'avons vu, le sergent MacPhee s'est adressé à l'appelant en lui disant [TRADUCTION] « Bonjour monsieur. Je suis un policier qui travaille

sort of trouble and you're free to go at any time. We just talk to people as they are travelling." In cross-examination, Sergeant MacPhee insisted that his statement, "You're not in any sort of trouble" was true (A.R., at p. 79). While the statement "you're free to go at any time" might seem a bit disingenuous, the trial judge found that even if "few people exercise their right of choice by walking away, some do" (para. 43). Sergeant MacPhee pointed out:

> . . . -- there is some people that we may just have a few words with, and -- and that's the end of it. And then we carry about our business. We thank them for their time and they carry about their business. [A.R., p. 80]

[86] Sergeant MacPhee acknowledged that his objective from the outset was to obtain the appellant's consent to search the bag. In legal terms, what was in progress was a *Mann*-type investigative stop by police in the absence of any knowledge on their part that a crime had been, was being or was about to be committed, apart from the general reputation of the overnight Vancouver-Calgary bus:

> Q . . . there was no tip advising you of Mr. Kang-Brown's presence on that bus?
>
> A No, sir.
>
> Q Okay, and there was no crime in progress that you were investigating?
>
> A No, there was not. [A.R., at pp. 81-82]

The appellant was not detained, as Sergeant MacPhee assured him. He was being engaged in conversation.

[87] In the U.S. cases, production of false identification or travelling under an assumed name is a marker of reasonable suspicion (*United States v. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989)), as is flight from the police or "furtive actions" (*Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968)). Here there was none of that. The

ici à la gare d'autobus. Nous n'avons rien à vous reprocher et vous êtes libre de partir en tout temps. Nous ne faisons que parler aux voyageurs. » En contre-interrogatoire, le sergent MacPhee a tenu à préciser que son affirmation « Nous n'avons rien à vous reprocher » était vraie (d.a., p. 79). Bien que l'affirmation « vous êtes libre de partir en tout temps » puisse paraître manquer quelque peu de sincérité, la juge du procès a conclu que, même si [TRADUCTION] « peu de gens choisissent de partir, il y en a qui le font » (par. 43). Le sergent MacPhee a souligné ceci :

> [TRADUCTION] . . . -- il peut arriver que nous échangions seulement quelques mots avec certaines personnes et -- et que ça s'arrête là. Nous reprenons alors nos activités. Nous les remercions de nous avoir consacré du temps et elles poursuivent leur route. [d.a., p. 80]

[86] Le sergent MacPhee a reconnu que, dès le départ, son objectif était d'obtenir le consentement de l'appelant à la fouille de son sac. Sur le plan juridique, il s'agissait d'une interpellation aux fins d'enquête de type *Mann* que les policiers effectuaient sans savoir — abstraction faite de la réputation générale de l'autobus effectuant le trajet de nuit entre Vancouver et Calgary — si un crime avait été commis, était commis ou était sur le point d'être commis :

> [TRADUCTION]
>
> Q . . . vous n'aviez pas été informé que M. Kang-Brown serait à bord de l'autobus?
>
> R Non, monsieur.
>
> Q D'accord, il n'y avait aucun crime en cours sur lequel vous enquêtiez?
>
> R Non, aucun. [d.a., p. 81-82]

L'appelant n'était pas détenu, comme le lui avait assuré le sergent MacPhee. On lui adressait la parole.

[87] Selon la jurisprudence américaine, la production de fausses pièces d'identité ou le fait de voyager sous un nom d'emprunt est de nature à éveiller des soupçons raisonnables (*United States c. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989)), tout comme le sont le fait de fuir les policiers ou les [TRADUCTION]

appellant seemingly cooperated with the police officer (even to the point of starting to unzip his bag until Sergeant MacPhee moved to take control of it). The appellant produced a valid government-issued identification card. There was no attempt to conceal his true identity, a fact which distinguishes this case from *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983).

[88] As its name suggests, the Jetway program originated at U.S. airports. Sergeant MacPhee received his "hands-on" training at Los Angeles International Airport (R.R., at p. 4). Some of the airport "indicia" may have doubtful application at bus stations. For example, Sergeant MacPhee considered significant the appellant's acknowledgement that he had bought his bus ticket at the "last minute" (R.R., at p. 53). This is a factor developed in the original Jetway program at airports where ordinary travellers usually book air transportation in advance and do not pay for an expensive ticket in cash (see, e.g., *Monney*). I think we can take judicial notice of the fact that people travelling by bus frequently buy their tickets not long before boarding. There is no evidence that cash payments are unusual.

[89] Sergeant MacPhee asked if the appellant would have "any concerns at all to show [him] what [he was] travelling with" in the bag (R.R., at p. 24). At that point, as Sergeant MacPhee testified, he had no reasonable grounds to arrest the appellant or to obtain a search warrant to search the bag or the person. The RCMP practice is to pursue the interview to try to obtain consent. If consent is not forthcoming and suspicion rises to the requisite level, the dog is called in. Otherwise the "suspect" departs.

[90] The appellant moved as if to comply with this suggestion by placing his bag on the floor and starting to unzip it. Sergeant MacPhee then sought

« gestes furtifs » (*Sibron c. New York*, 392 U.S. 40 (1968)). Il n'y avait rien de tout cela en l'espèce. L'appelant semble avoir coopéré avec le policier (même au point de commencer à ouvrir la fermeture éclair de son sac jusqu'à ce que le sergent MacPhee tente de s'en emparer). L'appelant a présenté une carte d'identité valide délivrée par le gouvernement. Il n'a pas tenté de cacher sa véritable identité, ce qui distingue le présent cas de l'affaire *Florida c. Royer*, 460 U.S. 491 (1983).

[88] Comme l'indique son nom, le programme Jetway a pris naissance dans les aéroports américains. Le sergent MacPhee a reçu sa formation pratique à l'aéroport international de Los Angeles (d.i., p. 4). Ce qui constitue un « indice » dans un aéroport n'en est pas nécessairement un dans une gare d'autobus. Par exemple, le sergent MacPhee a jugé significatif le fait que l'appelant a reconnu avoir acheté son billet [TRADUCTION] « à la dernière minute » (d.i., p. 53). Il s'agit là d'un indice conçu dans le cadre du premier programme Jetway qui visait les aéroports où les voyageurs ordinaires réservent habituellement leur vol à l'avance et ne paient pas comptant un billet cher (voir, par exemple, l'arrêt *Monney*). J'estime que la Cour peut prendre connaissance d'office du fait qu'il est fréquent que les personnes qui voyagent en autobus achètent leur billet peu de temps avant de monter à bord. Rien ne prouve que les paiements comptants sont inhabituels.

[89] Le sergent MacPhee a demandé à l'appelant s'il aurait [TRADUCTION] « des objections à [lui] montrer ce qu['il] transportait » dans son sac (d.i., p. 24). Le sergent MacPhee a témoigné qu'il n'avait alors aucun motif raisonnable d'arrêter l'appelant ou d'obtenir un mandat l'autorisant à le fouiller ou à fouiller son sac. Les agents de la GRC ont coutume de poursuivre l'entretien dans le but d'obtenir un consentement. Si le consentement n'est pas donné et que leurs soupçons augmentent au niveau requis, ils font appel au chien. Dans le cas contraire, le « suspect » s'en va.

[90] L'appelant s'est comporté comme s'il avait l'intention de donner suite à cette demande en déposant son sac et en commençant à en ouvrir la

to take control of the bag and search it himself for "safety" reasons. Even if a police officer were truly proceeding on the basis of officer safety in a *Mann*-type investigative stop, it was held in *Mann* itself that illegal drugs found in a "safety" search were outside the scope of the permitted search. Here it seems evident that Sergeant MacPhee's real objective was to rummage in the bag for illegal drugs, although officer safety is clearly an important consideration.

[91] As the appellant pulled back his bag, he appeared to Sergeant MacPhee to "panic" and become "very agitated, very antsy" (trial tr., at p. 36). The bag had been on the ground about a minute (R.R., at p. 90). Sergeant MacPhee explained "antsy" as follows:

> Antsy was part and parcel with looking around the area, seemed to be fidgeting, seemed to be basically just very -- very nonattentive, very irritated almost, if you want to put it that way about my presence. [A.R., at p. 86]

[92] Sergeant MacPhee, in my view, did not have reasonable suspicion at the time he tried to take control of the appellant's bag (as indeed Sergeant MacPhee tacitly accepted because he purported to proceed on consent). In fact, Sergeant MacPhee himself testified that the appellant's "demeanour" changed *after* the RCMP officer reached for the bag:

> . . . it was just a total change in demeanor from as soon as I even made the gesture of moving towards that bag it was night and day. It became very almost hostile. Like it was just a total change of demeanor. The super cooperative type of nature he had been, to now all of sudden being very upset. [Emphasis added; R.R., at p. 27.]

The appellant's opposition to what Sergeant MacPhee readily acknowledged would have been a non-consensual illegal search is not something that according to the U.S. case law should be used against the appellant: *United States v. Eustaquio*, 198 F.3d 1068 (8th Cir. 1999). I agree. Individuals should not be penalized for asserting their constitutional rights. The after-the-fact discovery

fermeture éclair. Le sergent MacPhee a alors tenté de s'emparer du sac et de le fouiller lui-même pour des raisons de « sécurité ». Même si un policier agissait vraiment pour des raisons de sécurité lors d'une interpellation aux fins d'enquête de type *Mann*, il faut garder à l'esprit que la Cour a jugé, dans l'arrêt *Mann* lui-même, que la découverte de drogues illégales lors d'une fouille de « sécurité » excédait la portée de la fouille permise. Bien que la sécurité des policiers soit nettement importante, il semble évident qu'en l'espèce le véritable objectif du sergent MacPhee était de fouiller le sac de l'appelant pour vérifier s'il contenait des drogues illégales.

[91] Il a semblé au sergent MacPhee que l'appelant « s'est affolé » et est devenu « très agité, très nerveux » au moment où il tirait son sac vers lui (tr. procès, p. 36). Le sac reposait sur le sol depuis environ une minute (d.i., p. 90). Le sergent MacPhee a expliqué ainsi ce qu'il entendait par « nerveux » :

> [TRADUCTION] Nerveux au sens de regarder partout autour de lui, il semblait agité, il semblait simplement très -- très distrait, presque exaspéré, si on peut s'exprimer ainsi, par ma présence. [d.a., p. 86]

[92] À mon avis, le sergent MacPhee n'avait pas de soupçons raisonnables lorsqu'il a tenté de s'emparer du sac de l'appelant (comme le reconnaissait d'ailleurs tacitement le sergent MacPhee en entendant agir avec le consentement de l'appelant). En fait, le sergent MacPhee a lui-même témoigné que l'« attitude » de l'appelant avait changé *après* qu'il eut tenté de s'emparer du sac de ce dernier :

> [TRADUCTION] . . . son attitude a simplement changé du tout au tout dès que j'ai même fait le geste de m'approcher de ce sac; c'était le jour et la nuit. Il est devenu, à peu de chose près, très hostile. Comme s'il avait simplement complètement changé d'attitude. Après s'être montré super coopératif, il est alors devenu soudainement très contrarié. [Je souligne; d.i., p. 27.]

L'objection de l'appelant à ce qui, de l'aveu même du sergent MacPhee, aurait constitué une fouille illégale non consensuelle n'est pas un élément qui, selon la jurisprudence américaine, devrait être utilisé contre l'appelant : *United States c. Eustaquio*, 198 F.3d 1068 (8th Cir. 1999). Je suis du même avis. Les gens ne devraient pas être pénalisés parce qu'ils font valoir leurs droits constitutionnels. La

of illegal drugs does not render constitutional that which at the time was unconstitutional.

[93] The present case may usefully be compared with some of the other decided cases where "reasonable suspicion" has been found to be present. In *R. v. McCarthy* (2005), 239 N.S.R. (2d) 23, 2005 NSPC 49, the police and their sniffer dog stood near the entrance to the bus terminal. When the accused spotted the police and the dog, he stopped abruptly, looked behind, looked up and began muttering to himself. He continued and passed five to seven feet in front of the officers, who heard him mutter "fuck, fuck, fuck, fuck" to himself (para. 8).

[94] In *R. v. Schrenk* (2007), 215 Man. R. (2d) 212, 2007 MBQB 93, the police, on a traffic stop, were told by the accused that he had flown to Calgary from Vancouver and rented a car to drive to Toronto for a little holiday to visit relatives. The police officer testified that he thought it suspicious to fly a short distance to Calgary, and then rent a car to drive to Toronto, so he asked the accused if it would not have been quicker to fly. The accused said he could not afford to fly all the way, and relatives were giving him money to fly back. This was suspicious because the cost of the rental vehicle was around $1,100, and the cost of a flight from Vancouver to Toronto was considerably less.

[95] In the present case, immediately prior to the dog sniff, Sergeant MacPhee himself felt he had no grounds to further engage the appellant:

A No, I thought things were getting very agitated and I just needed basically that dog in forthwith to assist with the search.

Q Were you under the opinion that Mr. Kang-Brown is about to leave?

découverte après coup de drogues illégales ne rend pas conforme à la Constitution une intervention qui ne l'était pas au départ.

[93] On peut comparer utilement la présente affaire à certaines autres décisions où on a conclu à l'existence de « soupçons raisonnables ». Dans l'affaire *R. c. McCarthy* (2005), 239 N.S.R. (2d) 23, 2005 NSPC 49, les policiers et leur chien renifleur se tenaient près de l'entrée de la gare d'autobus. Lorsque l'accusé a repéré les policiers et le chien, il s'est soudainement immobilisé, a regardé derrière lui, puis il a levé les yeux et s'est mis à marmonner. Il a poursuivi sa route et est passé cinq à sept pieds devant les policiers, qui l'ont entendu marmonner [TRADUCTION] « merde, merde, merde, merde » (par. 8).

[94] Dans l'affaire *R. c. Schrenk* (2007), 215 Man. R. (2d) 212, 2007 MBQB 93, lors d'un contrôle routier, l'accusé avait dit aux policiers qu'il avait pris l'avion à Vancouver pour se rendre à Calgary et qu'il avait ensuite loué une voiture pour se rendre à Toronto où il ferait une courte visite à des membres de sa famille. Le policier a témoigné qu'il avait trouvé suspect que l'accusé ait pris l'avion pour faire le court trajet entre Vancouver et Calgary, et qu'il ait ensuite loué une voiture pour se rendre à Toronto, et qu'il lui avait donc demandé s'il n'aurait pas été plus rapide de prendre l'avion. L'accusé a répondu qu'il n'avait pas les moyens de faire tout le trajet en avion et que les membres de sa parenté lui donneraient de l'argent pour qu'il puisse revenir en avion. Ces explications étaient suspectes étant donné que le coût de location d'une voiture était d'environ 1 100 $, alors que le prix du billet d'avion Vancouver-Toronto était beaucoup moins élevé.

[95] En l'espèce, juste avant l'intervention du chien renifleur, le sergent MacPhee croyait lui-même qu'il n'avait aucun motif de retenir davantage l'appelant :

[TRADUCTION]

R Non, j'ai pensé que la situation devenait très tendue et que j'avais tout simplement besoin immédiatement du chien pour procéder à la fouille.

Q Pensiez-vous que M. Kang-Brown s'apprêtait à partir?

A Well, he would have, yes. Probably.

Q Okay, and you would have let him go?

A Yes. [A.R., at p. 95]

[96] The Crown is thus left with the argument that the search was justified because the appellant seemed nervous or "antsy" when confronted by the RCMP officer. I do not think that on its own this is a sufficient marker of unusual conduct to afford grounds of reasonable suspicion, nor taken with the other factors (or "indicia") mentioned by Sergeant MacPhee does it, in my opinion, reach that level.

[97] Accordingly, I conclude that Sergeant MacPhee did not have grounds for reasonable suspicion at the time the dog was called. To repeat, where the citizen's only protection against unlawful searches by police dogs is after-the-fact scrutiny of the stated grounds of "reasonable suspicion", it is important that the after-the-fact judicial scrutiny be conducted with serious diligence and rigour.

(3) The Sniff Search

[98] The alert by the sniffer dog resulted in the immediate arrest of the appellant. The sniff search was conducted without reasonable suspicion. There were no valid grounds for the arrest.

(4) Search of the Appellant's Bag

[99] Had I concluded that the dog-sniff search was based on reasonable suspicion, I would have agreed that Chevy's positive alert would have given the police the grounds to proceed on the spot with a warrantless search of the appellant's bag, as discussed in *A.M.*, because of Chevy's demonstrated accuracy 90 to 92 percent of the time. Sergeant MacPhee says he based his actions on

. . . a lot of factors pertaining to the history and the training and the background of the animal.

R Bien, il l'aurait fait, oui. Probablement.

Q D'accord, et vous l'auriez laissé aller?

R Oui. [d.a., p. 95]

[96] Reste donc au ministère public l'argument selon lequel la fouille était justifiée parce que l'appelant semblait tendu ou « nerveux » au moment où il faisait face à l'agent de la GRC. Je ne crois pas qu'il s'agit là d'un indice de comportement inhabituel qui est suffisant en soi pour éveiller des soupçons raisonnables, ni que cet indice, pris avec les autres facteurs (ou « indices ») mentionnés par le sergent MacPhee, justifie de tels soupçons.

[97] Par conséquent, je conclus que le sergent MacPhee n'était pas justifié d'avoir des soupçons raisonnables au moment où il a fait appel au chien. Comme je l'ai déjà dit, lorsque la seule protection dont un citoyen bénéficie contre les fouilles abusives effectuées à l'aide d'un chien policier est un examen après le fait des motifs invoqués à l'appui des « soupçons raisonnables », il importe que les tribunaux effectuent cet examen d'une manière très diligente et rigoureuse.

(3) La fouille effectuée à l'aide du chien renifleur

[98] L'indication donnée par le chien renifleur a entraîné l'arrestation immédiate de l'appelant. La fouille à l'aide du chien renifleur a été effectuée en l'absence de soupçons raisonnables. L'arrestation a été effectuée sans motifs valables.

(4) La fouille du sac de l'appelant

[99] Si j'avais conclu que la fouille à l'aide du chien renifleur a été effectuée sur la foi de soupçons raisonnables, j'aurais également convenu, comme je l'explique dans l'arrêt *A.M.*, que l'indication positive donnée par Chevy aurait justifié les policiers à procéder sur-le-champ à une fouille du sac de l'appelant, compte tenu du fait que Chevy était fiable 90 à 92 pour 100 du temps. Le sergent MacPhee dit avoir agi sur la foi de

[TRADUCTION] . . . nombreux facteurs relatifs à l'histoire, au dressage et aux antécédents de l'animal.

Q Of the animal?

A Yes. [A.R., at p. 83]

The RCMP accept that different dogs possess different abilities and track records and that "sniffer dogs" are not interchangeable. Proof must be made of the accuracy of a particular animal before police reliance is justified. This is another matter that should be established in the evidence (as it was here).

(5) Conclusion

[100] The accuracy of Chevy, while high, showed that in 100 searches she would register a false positive against 8 or 10 law-abiding citizens. This may seem like a modest figure unless you happen to be one of them. Neither the sniff search nor the arrest can be upheld just because we now know with the benefit of hindsight that contraband *was* eventually *discovered* by Constable Ritchie *after* the arrest.

[101] Sergeant Bouey acknowledged that the dog alerts to the odour of narcotics, not to their actual presence. Ordinary currency and coins sometimes carry a residual odour of cocaine or other drugs. Accordingly, I believe the arrest of the appellant in this case was in any event premature. The police should first have confirmed the presence of narcotics by a hand search of the gym bag. In my view, if reasonable cause had existed, and given the positive alert and Chevy's history of accuracy, the RCMP would have been entitled to perform such a verification search on-the-spot and without prior judicial authorization, as discussed in *A.M.*

(6) Exclusion of the Evidence Under Section 24(2)

[102] The trial judge held that even if there had been a *Charter* violation she would have exercised

Q De l'animal?

R Oui. [d.a., p. 83]

La GRC reconnaît que les chiens n'ont pas tous les mêmes capacités et le même taux de réussite, et que les « chiens renifleurs » ne sont pas interchangeables. La fiabilité d'un animal doit être prouvée pour démontrer que les policiers sont justifiés de faire appel à cet animal. Il s'agit d'un autre élément qui doit être établi par la preuve (comme cela a été fait en l'espèce).

(5) Conclusion

[100] Il a été démontré qu'en dépit de sa grande fiabilité Chevy donnerait, sur 100 fouilles effectuées, une fausse indication positive à l'égard de 8 à 10 citoyens respectueux des lois. Ces chiffres peuvent sembler peu élevés, sauf si vous êtes l'un des citoyens touchés. Ni la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur, ni l'arrestation ne peuvent être jugées valides simplement parce qu'avec le recul nous savons maintenant que l'agent Ritchie *a* finalement *découvert* des substances interdites *après* l'arrestation.

[101] Le sergent Bouey a reconnu que le chien indique qu'il a détecté l'odeur d'un stupéfiant et non la présence d'une telle substance. Il arrive que de simples billets de banque et pièces de monnaie dégagent une odeur résiduelle de cocaïne ou d'une autre drogue. J'estime donc qu'en l'espèce l'arrestation de l'appelant était en tout état de cause prématurée. Les policiers auraient d'abord dû confirmer la présence d'un stupéfiant en fouillant manuellement le sac de sport. J'estime que, en raison de l'indication positive donnée par Chevy et de la fiabilité qu'il a démontrée dans le passé, les agents de la GRC auraient pu, s'ils avaient eu des motifs raisonnables, procéder sur-le-champ à une telle fouille aux fins de vérification sans devoir préalablement obtenir une autorisation judiciaire, comme je l'explique dans l'arrêt *A.M.*

(6) Exclusion de la preuve en application du par. 24(2)

[102] La juge du procès a conclu que, même s'il y avait eu violation de la *Charte*, elle aurait exercé

her discretion to admit the evidence. Her decision in this respect should not be interfered with on appeal unless it was based on a wrong principle or had been exercised unreasonably: *Collins*, at p. 276; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 68; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, at para. 48.

[103] In my view, as in the opinion of Paperny J.A., dissenting, the trial judge erred in principle by incorporating and relying on much of her privacy analysis (with which I am in disagreement) in her s. 24(2) analysis, thereby engaging in a species of double-counting, and undermining the deference that would otherwise be owed to her conclusion to admit the evidence. For example, at para. 87 of her reasons, the trial judge states:

> Mr. Kang-Brown has not established that he had a high expectation of privacy in the circumstances. He did not testify to a subjective belief, and, while the Crown was not able to fix him with knowledge of the notice posted in Greyhound bus stations since 2001, it is disingenuous to suggest that a higher degree of privacy attaches to bus passengers travelling within Canada than to travellers on planes or trains. Terrorism activity is not limited to cross-border travel, as the world has sadly learned, and there is no reasonable basis for making this distinction.

The trial judge having been reversed on that aspect of her privacy analysis (for the reasons set out in *A.M.*), the trial judge's continuing denial of a serious privacy interest should not be resuscitated as an independent ground to help the Crown over its s. 24(2) hurdle.

[104] While I agree that the evidence obtained in the illegal search was non-conscriptive, and was found by the trial judge to have been obtained by the RCMP in good faith, I agree with Paperny J.A. that the evidence obtained in this case should be excluded. The administration of justice would be brought into disrepute if the police, possessing an

son pouvoir discrétionnaire d'admettre la preuve. Sa décision à cet égard ne doit pas être modifiée en appel à moins qu'elle soit déraisonnable ou fondée sur un principe erroné : *Collins*, p. 276; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 68; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, par. 48.

[103] À l'instar de la juge Paperny, dissidente, j'estime que la juge du procès a commis une erreur de principe en s'appuyant dans une large mesure sur l'analyse du droit à la vie privée (auquel je ne souscris pas) qu'elle effectue dans son examen du par. 24(2), et en se livrant ainsi à une sorte de double prise en compte, ce qui a pour effet de miner la déférence à laquelle aurait par ailleurs droit sa décision d'admettre la preuve. Par exemple, au par. 87 de ses motifs, elle affirme :

> [TRADUCTION] Monsieur Kang-Brown n'a pas établi que, dans les circonstances, il avait des attentes élevées en matière de vie privée. Il n'a pas invoqué une croyance subjective dans son témoignage et, bien que le ministère public ait été incapable de démontrer que M. Kang-Brown avait pris connaissance de l'avis affiché dans les gares d'autobus Greyhound depuis 2001, il est fallacieux de prétendre que les personnes qui voyagent en autobus au Canada ont des attentes plus élevées en matière de vie privée que celles qui voyagent en avion ou en train. Comme le monde l'a tristement appris, les activités terroristes ne se limitent plus aux déplacements transfrontaliers, et il n'y a aucun motif raisonnable d'établir cette distinction.

Étant donné que la décision de la juge du procès a été infirmée en ce qui concerne cet aspect de son analyse du droit à la vie privée (et ce, pour les motifs énoncés dans l'arrêt *A.M.*), son refus constant de reconnaître l'existence d'un droit sérieux à la vie privée ne devrait pas être à nouveau invoqué comme moyen indépendant d'aider le ministère public à surmonter l'obstacle posé par le par. 24(2).

[104] Bien que je convienne que la preuve résultant de la fouille illégale n'a pas été obtenue par mobilisation de l'appelant contre lui-même et qu'elle a été recueillie de bonne foi par les agents de la GRC, comme l'a conclu la juge du procès, je souscris à l'opinion de la juge Paperny selon laquelle il y a lieu d'écarter la preuve obtenue en l'espèce.

exceptional power to conduct a search on the condition of the existence of reasonable suspicion, and having acted in this case without having met the condition precedent, were in any event to succeed in adducing the evidence. Drug trafficking is a serious matter, but so are the constitutional rights of the travelling public. In the sniffer-dog cases, the police are given considerable latitude to act *in the absence of any requirement of prior judicial authorization.* The only effective check on that authority is the after-the-fact independent assessment. I conclude that the police initiated a warrantless search on inadequate grounds. In my view, on the facts here, the evidence should be excluded.

L'administration de la justice serait déconsidérée si les policiers — qui ont le pouvoir exceptionnel de procéder à une fouille ou à une perquisition à la condition d'avoir des soupçons raisonnables, mais qui ont agi en l'espèce sans respecter cette condition préalable — devaient en tout état de cause réussir à présenter la preuve en question. Le trafic de stupéfiants est une question sérieuse, mais la question des droits constitutionnels des voyageurs l'est tout autant. Dans les affaires relatives aux chiens renifleurs, les policiers disposent d'une grande latitude pour agir *en l'absence d'exigence d'autorisation judiciaire préalable.* L'appréciation indépendante après le fait constitue effectivement le seul moyen de contrôler ce pouvoir. Je conclus que les policiers ont procédé à une fouille sans mandat pour des motifs insuffisants. J'estime que, compte tenu des faits de la présente affaire, il y a lieu d'écarter la preuve.

[105] I would allow the appeal and set aside the conviction.

[105] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la déclaration de culpabilité.

The reasons of Deschamps and Rothstein JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Deschamps et Rothstein rendus par

[106] DESCHAMPS J. (dissenting) — For decades, trained dogs have aided the police in detecting explosives and narcotics as well as in finding fugitives and missing persons. Owing to their keen sense of smell and high degree of accuracy, they are well suited for these important tasks. However, the effectiveness of a law enforcement tool is only one of many factors to be considered in determining whether its use is constitutional. This is the first opportunity this Court has had to consider the constitutionality of the use of a sniffer dog by law enforcement authorities.

[106] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Depuis des décennies, des chiens dressés aident les policiers à détecter les explosifs et les stupéfiants ainsi qu'à trouver les fugitifs et les personnes disparues. Ils se prêtent bien à ces tâches importantes en raison de leur odorat très développé et de leur grande fiabilité. Toutefois, l'efficacité d'un outil d'application de la loi n'est que l'un des nombreux facteurs qui doivent être considérés pour déterminer la constitutionnalité de son utilisation. C'est la première fois que notre Cour a l'occasion d'examiner la constitutionnalité de l'utilisation d'un chien renifleur par les autorités chargées d'appliquer la loi.

[107] The appellant, Gurmakh Kang-Brown, was charged with possession of cocaine for the purpose of trafficking, and possession of heroin. The trial judge found that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had not been infringed, and convicted the appellant ((2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608). The majority of the Alberta Court of Appeal agreed, and affirmed the convictions

[107] L'appelant, M. Gurmakh Kang-Brown, a été accusé de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic et de possession d'héroïne. La juge du procès l'a déclaré coupable après avoir conclu qu'il n'y avait eu aucune atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* ((2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608). Les juges majoritaires de la Cour d'appel de

((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 2006 ABCA 199). In my view, the use of a sniffer dog to check the appellant's bag in a public bus terminal on the basis of a reasonable suspicion that evidence of an offence would be discovered was proper and did not constitute an unreasonable search or seizure. Accordingly, I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

[108] This case was heard together with *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19, in which the police used a sniffer dog to check the unattended backpack of a student in a high school with a zero-tolerance policy for drugs. There are several common issues in these two cases. Unlike in *A.M.*, however, the facts of the instant case also raise the issues of a reasonable expectation of privacy engaging s. 8 of the *Charter*, and reasonable suspicion. It is thus better suited to legal analysis. In the interest of concision, therefore, the main legal propositions at issue in both cases are set out in these reasons.

1. Facts

[109] The Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") launched Operation Jetway to investigate and disrupt ongoing narcotics trafficking at bus terminals, train stations and airports in Canada. By observing members of the travelling public, officers attempt to identify and arrest drug couriers and people carrying weapons, proceeds of crime, or other contraband. In performing this task, they use dogs trained to detect the odours of controlled substances.

[110] The dog involved in this case, named "Chevy", was a female Black Labrador that had at the time been in active service for 22 months. She was trained to indicate, by sitting down, that

l'Alberta ont partagé cet avis et ont confirmé les déclarations de culpabilité ((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 2006 ABCA 199). J'estime que l'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac de l'appelant dans une gare d'autobus — sur la foi de soupçons raisonnables que la preuve de l'existence d'une infraction serait découverte — était appropriée et ne constituait pas une fouille, perquisition ou saisie abusive. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité.

[108] Le présent pourvoi a été entendu en même temps que l'affaire *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19, dans laquelle les policiers avaient utilisé un chien renifleur pour vérifier le sac à dos qu'un élève avait laissé sans surveillance dans une école secondaire où était appliquée une politique de tolérance zéro en matière de drogue. Ces deux affaires soulèvent plusieurs questions communes. Toutefois, à la différence de l'affaire *A.M.*, les faits en l'espèce soulèvent également la question de l'attente raisonnable en matière de vie privée qui fait intervenir l'art. 8 de la *Charte*, et celle des soupçons raisonnables. Le présent pourvoi se prête donc mieux à une analyse juridique. Par souci de concision, les principales thèses juridiques en cause dans les deux affaires sont énoncées dans les présents motifs.

1. Les faits

[109] La Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») a lancé l'opération Jetway pour enquêter sur le trafic de stupéfiants dans les gares d'autobus, les gares ferroviaires et les aéroports au Canada, et interrompre ce trafic. Les policiers observent les voyageurs afin de repérer et d'arrêter les passeurs de drogue et les personnes qui transportent des armes, des produits de la criminalité ou d'autres marchandises de contrebande. Pour s'acquitter de cette tâche, ils utilisent des chiens dressés à détecter l'odeur de substances réglementées.

[110] Le chien dont il est question en l'espèce était une femelle labrador noire, nommée Chevy, qui, à l'époque, était en service actif depuis 22 mois. Elle était dressée pour indiquer, en se mettant

she had detected the odours of any of the following drugs: cannabis resin, methamphetamine, opium, heroin, psilocybin ("magic mushrooms"), cocaine and crack cocaine. Chevy appears to have been very successful as a sniffer dog, as she had a success rate in detecting drugs of 90 to 92 percent. By May 2003, she had discovered illicit drugs having a total street value of nearly $6 million (R.F., at p. 2).

[111] On January 25, 2002, the overnight bus from Vancouver to Calgary arrived at the Greyhound bus terminal at about 11:00 in the morning. Dressed in plain-clothes, Sergeant Iain MacPhee, a police officer with over 26 years of experience, was in charge of a three-member team from the Jetway Unit. He observed passengers disembarking from the bus, which was parked in an arrival lane of the Greyhound garage, from a railing about eight feet away. Passengers who had only hand luggage or were continuing on their trips walked to the exit doors and into the terminal lobby, while those who had stowed luggage and had reached their final destinations waited beside the bus to claim their bags.

[112] Sergeant MacPhee immediately became interested in the appellant as he got off the bus, because they made eye contact for several seconds in an "elongated stare" that Sergeant MacPhee had been trained to notice as suspicious behaviour. The appellant had a bag with two handles, but he carried it high on his shoulder. Unlike the other passengers, the appellant, although standing beside the bus, did not look at the bags being unloaded. He then went around the bus in a different direction from the other passengers to stand about 10 to 15 feet behind Sergeant MacPhee.

[113] Sergeant MacPhee signalled to the other two plain-clothes officers, Constable Gary Michael Ritchie and Sergeant Valerie L. Bouey, who were observing passengers from the front of the bus, that

en position assise, qu'elle avait détecté l'odeur de l'une ou l'autre des drogues suivantes : la résine de cannabis, la méthamphétamine, l'opium, l'héroïne, la psilocybine (« champignons magiques »), la cocaïne et le crack. Chevy semble avoir été un chien renifleur très efficace étant donné que son taux de réussite en matière de détection de drogue était de 90 à 92 pour 100. Au mois de mai 2003, la valeur de revente des drogues illicites qu'elle avait découvertes totalisait près de six millions de dollars (m.i., p. 2).

[111] Le 25 janvier 2002, l'autobus qui effectue le trajet de nuit entre Vancouver et Calgary est arrivé à la gare d'autobus Greyhound vers 11 h. Habillé en civil, le sergent Iain MacPhee, un policier comptant plus de 26 ans d'expérience, était responsable d'une équipe de trois membres de l'unité Jetway. Il observait, à partir d'une rampe située environ huit pieds plus loin, les passagers qui descendaient de l'autobus stationné dans un couloir d'arrivée du garage Greyhound. Les passagers qui n'avaient que des bagages à main ou qui poursuivaient leur voyage se dirigeaient vers les portes de sortie et se rendaient dans le hall de la gare, tandis que ceux qui étaient arrivés à destination et dont les bagages étaient rangés dans la soute à bagages attendaient à côté de l'autobus pour les récupérer.

[112] L'appelant a retenu l'attention du sergent MacPhee dès qu'il est descendu de l'autobus, du fait qu'ils ont échangé pendant plusieurs secondes un [TRADUCTION] « long regard » que le sergent MacPhee avait été formé à percevoir comme un comportement suspect. L'appelant avait un sac à deux poignées, qu'il portait toutefois à l'épaule. Il était debout à côté de l'autobus, mais, à la différence des autres passagers, il ne regardait pas les bagages qui étaient déchargés. Il a ensuite fait le tour de l'autobus, dans une direction différente de celle empruntée par les autres passagers, et s'est retrouvé à environ 10 à 15 pieds derrière le sergent MacPhee.

[113] Le sergent MacPhee a signalé aux deux autres policiers en civil, l'agent Gary Michael Ritchie et le sergent Valerie L. Bouey qui observaient les passagers depuis l'avant de l'autobus,

he was watching the appellant. As the mass of passengers entered the terminal lobby through a single door, Sergeant MacPhee periodically looked over his shoulder to observe the appellant.

[114] After momentarily losing sight of the appellant, Sergeant MacPhee, upon entering the lobby, spotted him walking towards the washroom. About 10 feet from the washroom door, the appellant stopped, turned around, and stared at Sergeant MacPhee, who was some 25 feet behind him. This "rubbernecking" was another suspicious sign Sergeant MacPhee had been trained to notice.

[115] The appellant entered the washroom and then returned to the terminal lobby. He adjusted his clothes and looked around the lobby. He again made eye contact with Sergeant MacPhee. After Sergeant MacPhee broke off eye contact with him, the appellant began to move towards the building exit. Sergeant MacPhee followed him, having decided to monitor him until he had exited the terminal.

[116] Just before reaching the exit, the appellant stopped and again turned to face Sergeant MacPhee, who went past him through the first set of exit doors, which opened automatically. As the appellant followed and entered the foyer, Sergeant MacPhee turned and, standing to one side, identified himself to the appellant, displaying his identification card and badge. Sergeant MacPhee stated: "Good morning, sir. I'm a police officer out here at the bus terminal. You're not in any sort of trouble and you're free to go at any time. We just talk to people as they are travelling." The appellant responded: "Okay."

[117] The appellant and Sergeant MacPhee discussed where the appellant had travelled from, the length of his trip, and the weather. At some point during their conversation, the appellant put his bag down. He voluntarily produced his identification on request. Constable Ritchie joined Sergeant MacPhee

qu'il surveillait l'appelant. Pendant que la plupart des passagers gagnaient le hall de la gare par la même porte, le sergent MacPhee regardait régulièrement par-dessus son épaule pour observer l'appelant.

[114] Après l'avoir momentanément perdu de vue, le sergent MacPhee a, en entrant dans le hall de la gare, vu l'appelant se diriger vers les toilettes. Alors qu'il se trouvait à environ 10 pieds de la porte des toilettes, l'appelant s'est immobilisé, s'est retourné et a fixé du regard le sergent MacPhee qui se trouvait quelque 25 pieds derrière lui. Ce « regard vers l'arrière » était un autre signe que le sergent MacPhee avait appris à considérer comme suspect.

[115] L'appelant est entré dans les toilettes et est ensuite revenu dans le hall de la gare. Il a ajusté ses vêtements et jeté un coup d'œil dans le hall. Son regard a de nouveau croisé celui du sergent MacPhee. Après que ce dernier eut détourné le regard, l'appelant a commencé à se diriger vers la sortie de l'édifice. Le sergent MacPhee, qui avait décidé de le surveiller jusqu'à ce qu'il sorte de la gare, l'a suivi.

[116] Juste avant d'atteindre la sortie, l'appelant s'est immobilisé et s'est de nouveau tourné vers le sergent MacPhee, qui l'a devancé en passant par la première série de portes de sortie, qui s'ouvraient automatiquement. Au moment où l'appelant gagnait à son tour le vestibule, le sergent MacPhee s'est retourné et, se plaçant de côté, il s'est présenté à l'appelant en lui montrant sa carte d'identité et son insigne. Le sergent MacPhee a dit : [TRADUCTION] « Bonjour monsieur. Je suis un policier qui travaille ici à la gare d'autobus. Nous n'avons rien à vous reprocher et vous êtes libre de partir en tout temps. Nous ne faisons que parler aux voyageurs. » L'appelant a répondu « D'accord. »

[117] Le sergent MacPhee et l'appelant ont parlé de l'endroit d'où était parti ce dernier, de la durée de son voyage et du temps qu'il faisait. À un moment donné pendant leur conversation, l'appelant a déposé son sac. Il a volontairement produit une pièce d'identité lorsqu'on lui a demandé de le

and the appellant in the foyer at this point. Sergeant MacPhee asked the appellant how long he would be in Calgary. The appellant responded that he would be staying for the weekend and that his cousin had just become engaged. While the tone was cordial, Sergeant MacPhee later testified that he had noticed the appellant was becoming "increasingly antsy" and uncomfortable as the conversation continued.

[118] Sergeant MacPhee asked the appellant when he had bought his ticket and was told that it had been purchased at the last minute. Sergeant MacPhee then indicated that he worked primarily on narcotics investigations, and he told the appellant that drug couriers often come through the bus terminal with large quantities of drugs and get charges laid against them. Sergeant MacPhee asked the appellant if he was carrying any drugs and the appellant denied that he was. The appellant then picked up his bag and put it over his shoulder. Sergeant MacPhee asked if there were drugs in the bag and then asked the appellant if he would show him what was in it. The appellant put the bag down and began to open it as Sergeant MacPhee said "Thanks, sir. You're certainly not obliged to, to show me but thanks" (A.R., at p. 90).

[119] Sergeant MacPhee knelt down as the appellant unzipped the bag and said "Just an officer safety thing here, do you mind?" as he gestured towards the bag (R.R., at pp. 24-25). Sergeant MacPhee testified that he was trying to take control of the situation to ensure that he would not face a firearm or other weapon taken out of the bag. Before Sergeant MacPhee could touch the bag, the appellant pulled it away, saying "What are you doing?" Sergeant MacPhee testified that the appellant was very agitated and panicked at this juncture.

[120] Sergeant MacPhee then signalled to the third plain-clothes officer, Sergeant Bouey, who

faire. C'est à ce moment que l'agent Ritchie s'est joint au sergent MacPhee et à l'appelant dans le vestibule. Le sergent MacPhee a demandé à l'appelant combien de temps il séjournerait à Calgary. L'appelant a répondu qu'il y passerait la fin de semaine et que son cousin venait de se fiancer. Bien que le ton ait été cordial, le sergent MacPhee a par la suite déclaré qu'il avait remarqué qu'au fur et à mesure que la conversation progressait l'appelant devenait [TRADUCTION] « de plus en plus nerveux » et mal à l'aise.

[118] Au sergent MacPhee qui lui demandait quand il avait acheté son billet, l'appelant a répondu qu'il l'avait acheté à la dernière minute. Le sergent MacPhee a alors indiqué que son travail consistait principalement à mener des enquêtes en matière de stupéfiants, et il a dit à l'appelant que des passeurs de drogue transitent souvent par la gare d'autobus avec de grandes quantités de drogues et qu'ils font l'objet d'accusations. Le sergent MacPhee a demandé à l'appelant s'il transportait de la drogue et ce dernier lui a répondu par la négative. L'appelant a alors ramassé son sac et l'a glissé sur son épaule. Le sergent MacPhee lui a demandé s'il y avait de la drogue dans le sac en question et s'il accepterait de lui en montrer le contenu. L'appelant a déposé le sac et a commencé à l'ouvrir alors que le sergent MacPhee lui disait [TRADUCTION] « Merci monsieur. Vous n'êtes sûrement pas obligé de me montrer, mais je vous en remercie » (d.a., p. 90).

[119] Le sergent MacPhee s'est agenouillé au moment où l'appelant ouvrait la fermeture éclair du sac et a dit, en faisant un geste vers le sac, [TRADUCTION] « Simple mesure de sécurité de la part d'un policier, vous n'avez pas d'objections? » (d.i., p. 24-25) Le sergent MacPhee a témoigné qu'il s'efforçait de maîtriser la situation de manière à s'assurer qu'aucune arme à feu ou autre arme ne serait sortie du sac et braquée sur lui. Avant que le sergent MacPhee puisse toucher le sac, l'appelant l'a retiré en demandant « Que faites-vous? » Le sergent MacPhee a affirmé que l'appelant était alors très agité et affolé.

[120] Le sergent MacPhee a ensuite fait signe au troisième policier en civil, le sergent Bouey — qui

was about 40 feet away in the terminal lobby with the dog, to come over. Sergeant MacPhee testified that the appellant was visibly upset, and shaking, as Sergeant Bouey and the dog arrived.

[121] Upon entering the foyer, the dog immediately sat down to indicate the presence of one of the narcotics she was trained to detect. Sergeant MacPhee confirmed the positive indication with the dog's handler, Sergeant Bouey.

[122] Sergeant MacPhee then told the appellant that he was under arrest for possession of and/or trafficking in a controlled substance and advised him of his rights. After indicating that he understood his rights, the appellant said "Yeah, yeah, but there's nothing there. I smoked a joint a while ago. That's about it." He then pulled a breath mint container out of his jeans pocket and took out what was later determined to be heroin, saying it was "something a guy gave me on the bus" (A.R., at p. 96.1). Meanwhile, Constable Ritchie had begun searching the appellant's bag (which had no identification tags on it) immediately after the arrest and had found a box taped shut at the bottom of the bag under some clothing. There was a brown paper bag in the box, and in it were two plastic bags containing 17 ounces of cocaine. The appellant was charged with possession of cocaine for the purpose of trafficking, and possession of heroin.

[123] At trial, Romaine J. dismissed the appellant's application under ss. 8, 9, 10 and 24(2) of the *Charter* to exclude evidence of the cocaine seized from his bag by the police. Considering the evidence as a whole in light of the totality of the circumstances, she found that the police had begun questioning the appellant at an appropriate stage of the investigation and that, if he was in fact detained, an investigative detention was justified by a reasonable suspicion. Romaine J. did not find that the use of the sniffer dog was a search incidental to an investigative detention. Rather, she held that the odours from the bag, which emanated freely in a public

se trouvait environ 40 pieds plus loin dans le hall de la gare avec le chien — de s'amener. Le sergent MacPhee a déclaré que l'appelant était visiblement contrarié et tremblait lorsque le sergent Bouey et le chien sont arrivés.

[121] Dès son entrée dans le vestibule, le chien s'est mis en position assise pour indiquer la présence d'un stupéfiant qu'il avait été dressé à détecter. Le sergent MacPhee a confirmé cette indication positive avec le maître-chien, le sergent Bouey.

[122] Le sergent MacPhee a alors informé l'appelant qu'il était en état d'arrestation pour possession ou trafic d'une substance réglementée, ou les deux à la fois, et il l'a informé de ses droits. Après avoir indiqué qu'il comprenait quels étaient ses droits, l'appelant a ajouté [TRADUCTION] « Ouais, ouais, mais il n'y a rien là. J'ai fumé un joint il y a quelque temps. C'est à peu près tout. » Il a ensuite tiré de sa poche de jeans un contenant de pastilles à la menthe, et en a sorti ce qui a par la suite été jugé comme étant de l'héroïne, en disant que c'était « quelque chose qu'un gars [lui avait] donné dans l'autobus » (d.a., p. 96.1). Entre-temps, l'agent Ritchie avait commencé à fouiller le sac de l'appelant (auquel n'était fixée aucune étiquette d'identification) immédiatement après la mise en état d'arrestation et avait découvert au fond du sac, sous des vêtements, une boîte fermée à l'aide de ruban adhésif. Dans cette boîte, il y avait un sac en papier brun contenant deux sacs en plastique dans lesquels se trouvaient 17 onces de cocaïne. L'appelant a été accusé de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic et de possession d'héroïne.

[123] Au procès, la juge Romaine a rejeté la demande fondée sur les art. 8, 9 et 10 ainsi que le par. 24(2) de la *Charte*, que l'appelant avait présentée dans le but de faire écarter la preuve constituée de la cocaïne que les policiers avaient saisie dans son sac. Considérant la preuve comme un tout eu égard à l'ensemble des circonstances, la juge a estimé que les policiers avaient commencé à questionner l'appelant au bon moment au cours de leur enquête et que, si ce dernier avait été effectivement détenu, des soupçons raisonnables en justifiaient la détention aux fins d'enquête. La juge Romaine n'a pas conclu que l'utilisation du chien renifleur constituait

transportation facility, did not constitute information in which the appellant had a reasonable expectation of privacy and that s. 8 of the *Charter* was accordingly not engaged. It was therefore unnecessary for Romaine J. to consider excluding the evidence under s. 24(2). She nonetheless indicated that if she had found a *Charter* infringement, she would not have excluded the evidence.

[124] The majority of the Alberta Court of Appeal dismissed the appellant's appeal, upholding the trial judge's decision that there was no *Charter* infringement. Côté J.A., for the majority, noted that it had been conceded at trial and on appeal that if the drug evidence were to be admitted, a conviction would be proper.

[125] Paperny J.A. dissented on the basis of the trial judge's analysis of ss. 8 and 24(2) of the *Charter*. She found that the appellant had had a reasonable expectation of privacy in respect of the odours emanating from his personal luggage. Paperny J.A. concluded that because the sniffer dog was used without a warrant and no exigent circumstances were established, the appellant's s. 8 rights were infringed. She would have excluded the evidence under s. 24(2) and would thus have allowed the appeal and entered an acquittal.

2. Issues

[126] The issues in this appeal are whether the appellant's right to be secure against unreasonable search or seizure pursuant to s. 8 of the *Charter* was infringed in the circumstances of this case and, if so, whether the evidence obtained should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

[127] The Crown has not argued that there was statutory authority for the use of the sniffer dog

une fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête. Elle a plutôt jugé que les odeurs provenant du sac, qui s'échappait librement dans un établissement de transport public, ne constituaient pas un renseignement à l'égard duquel l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée, et que l'art. 8 de la *Charte* ne s'appliquait donc pas. Par conséquent, il n'était pas nécessaire que la juge Romaine se demande s'il y avait lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2). Elle a néanmoins indiqué que, si elle avait conclu à l'existence d'une violation de la *Charte*, elle n'aurait pas écarté la preuve en question.

[124] La Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, a rejeté l'appel de l'appelant et confirmé la décision de la juge du procès selon laquelle il n'y avait eu aucune violation de la *Charte*. Le juge Côté, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a souligné qu'au procès et en appel il avait été reconnu qu'une déclaration de culpabilité serait appropriée si la drogue devait être admise en preuve.

[125] La juge Paperny a fondé sa dissidence sur l'analyse que la juge du procès avait effectuée de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte*. Selon elle, l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des odeurs émanant de ses bagages personnels. La juge a conclu qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 8 du fait que le chien renifleur avait été utilisé sans mandat préalable et que l'existence d'une situation d'urgence n'avait pas été établie. Elle aurait écarté la preuve en application du par. 24(2) et aurait, par conséquent, accueilli l'appel et prononcé un verdict d'acquittement.

2. Questions en litige

[126] Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer si, dans les circonstances de la présente affaire, il y a eu atteinte au droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si la preuve obtenue devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

[127] Le ministère public n'a pas prétendu qu'un texte législatif autorisait le recours au chien renifleur

in this case or, alternatively, that the dog was used in an *incidental* search (i.e., a search incidental to arrest or to an investigative detention). Therefore, we must consider whether the use of a sniffer dog by the police as an *independent* investigative tool in this case was authorized at common law pursuant to principles developed in accordance with the requirements of the *Charter*.

3. Analysis

[128] The *Charter* provision raised in this appeal reads as follows:

> **8.** Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

[129] The appellant claims that his right to be secure against unreasonable search or seizure was infringed by the police when they used a sniffer dog to search his bag in a bus terminal and the dog indicated the presence of narcotics. He seeks exclusion of the evidence of the drugs that were discovered.

[130] After briefly discussing the use of sniffer dogs by law enforcement authorities, I will review the analytical framework for s. 8 of the *Charter* and the limits on common law police powers. I will then apply these legal propositions to the facts of this case.

3.1 *The Use of Sniffer Dogs*

[131] It can be seen from the record in this case that sniffer dogs have been used in Canada for decades to fulfill numerous law enforcement functions. For example, the intervener Attorney General of Quebec submits that law enforcement authorities, including the Sûreté du Québec and municipal police forces, have used sniffer dogs to detect drugs and explosives, and to find missing persons, since the 1960s. Also, the Société de la faune et des parcs du Québec uses sniffer dogs to detect fish, meat and ammunition in order to intercept poachers.

en l'espèce ou, subsidiairement, que le chien a été utilisé dans le cadre d'une fouille *accessoire* (c'est-à-dire une fouille accessoire à une arrestation ou à une détention aux fins d'enquête). Nous devons donc nous demander si, en l'espèce, le recours des policiers à un chien renifleur, en tant qu'outil d'enquête *indépendant*, était autorisé par la common law selon des principes établis conformément aux exigences de la *Charte*.

3. Analyse

[128] Voici le libellé de la disposition de la *Charte* qui est invoquée en l'espèce :

> **8.** Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

[129] L'appelant soutient que les policiers ont porté atteinte à son droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives lorsqu'ils ont utilisé un chien renifleur pour fouiller son sac dans une gare d'autobus et que le chien a indiqué la présence de stupéfiants. Il demande que la drogue qui a été découverte soit écartée de la preuve.

[130] Après avoir analysé brièvement l'utilisation de chiens renifleurs par les autorités chargées d'appliquer la loi, j'examinerai le cadre analytique de l'art. 8 de la *Charte* et les limites des pouvoirs que la common law confère aux policiers. J'appliquerai ensuite ces principes juridiques aux faits de la présente affaire.

3.1 *L'utilisation de chiens renifleurs*

[131] En l'espèce, le dossier permet de constater qu'au Canada les chiens renifleurs sont utilisés depuis des décennies pour exécuter de nombreuses tâches liées à l'application de la loi. Par exemple, l'intervenant le procureur général du Québec souligne que, depuis les années 1960, les autorités chargées d'appliquer la loi, dont la Sûreté du Québec et les services de police municipaux, ont recours aux chiens renifleurs pour détecter des drogues et des explosifs, et pour chercher des personnes disparues. De plus, la Société de la faune et des parcs du Québec utilise des chiens renifleurs pour détecter le poisson, la viande et les munitions qui permettront d'intercepter les braconniers.

[132] The primary reason that sniffer dogs appear to be so attractive as a law enforcement tool is their keen sense of smell and high degree of accuracy. According to Romaine J., the evidence disclosed "that a dog sniff is reliable over 92% of the time in supporting an inference of the presence of drugs" (para. 73). With such a high success rate, a sniffer dog may properly be considered comparable to a very reliable informer.

[133] Furthermore, the sniffer dogs have long been used as a law enforcement tool in other countries. See, for example, from Australia: *Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* (N.S.W.), ss. 145 to 150 (drug detection dogs), and ss. 193 to 196 (firearms and explosives detection dogs); *Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, ss. 34 to 39, as amended by *Police Powers and Responsibilities (Drug Detection Dogs) Amendment Act 2005* (Qld.), 2005, No. 63; *Australian Federal Police Act 1979* (Cth.), s. 12A; and *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)* (1998), 71 S.A.S.R. 223 (S.C.). From the United States, see *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); for U.S. state court decisions, see para. 193 below. While these examples do not obviate the need to engage in a critical review of the constitutionality of the use of sniffer dogs under s. 8 of the *Charter*, they do suggest that the sniffer dog has served as a helpful tool for various purposes, such as ensuring public safety, being proactive in preventing and detecting crime, investigating specific crimes and dealing with exigent circumstances.

3.2 *Analytical Framework for Section 8*

[134] Since the first decision in which it interpreted s. 8 of the *Charter*, this Court has consistently held that s. 8 protects a reasonable expectation of privacy. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60, Dickson J. (as he then was) stated:

[132] Il semble que ce soit avant tout en raison de leur odorat très développé et de leur grande fiabilité que les chiens renifleurs sont si attrayants comme outil d'application de la loi. Selon la juge Romaine, la preuve révélait [TRADUCTION] « que le chien renifleur est fiable plus de 92 pour 100 du temps pour confirmer la présence de drogues » (par. 73). Avec un taux de réussite aussi élevé, le chien renifleur peut se comparer à juste titre à un informateur très fiable.

[133] De plus, les chiens renifleurs sont utilisés depuis longtemps dans d'autres pays pour appliquer la loi. Voir, par exemple, en ce qui concerne l'Australie : la *Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* (N.S.W.), art. 145 à 150 (chiens détecteurs de drogue), et art. 193 à 196 (chiens détecteurs d'armes à feu et d'explosifs); la *Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, art. 34 à 39, modifiée par la *Police Powers and Responsibilities (Drug Detection Dogs) Amendment Act 2005* (Qld.), 2005, No. 63; l'*Australian Federal Police Act 1979* (Cth.), art. 12A; *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)* (1998), 71 S.A.S.R. 223 (S.C.). Quant aux États-Unis, voir l'arrêt *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); pour de la jurisprudence des tribunaux des États américains, voir le par. 193. Bien qu'ils n'éliminent pas la nécessité de procéder à un examen critique de la constitutionnalité de l'utilisation des chiens renifleurs au regard de l'art. 8 de la *Charte*, ces exemples indiquent effectivement que les chiens renifleurs se sont révélés utiles à diverses fins, notamment pour assurer la sécurité du public, pour prévenir et détecter de façon proactive le crime, pour mener des enquêtes relatives à des crimes particuliers et pour intervenir dans des situations d'urgence.

3.2 *Cadre analytique de l'art. 8*

[134] Depuis la première décision dans laquelle elle a interprété l'art. 8 de la *Charte*, notre Cour a constamment jugé que cette disposition protège une attente raisonnable en matière de vie privée. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé ceci :

The guarantee of security from *unreasonable* search and seizure only protects a *reasonable* expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original.]

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies *abusives* ne vise qu'une attente *raisonnable*. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. [Souligné dans l'original.]

Thus, s. 8 requires balancing important societal interests against the individual claimant's privacy interests.

L'article 8 oblige donc à soupeser des intérêts sociétaux importants en fonction du droit à la vie privée du demandeur concerné.

[135] Cory J. further refined the analytical framework for s. 8 in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 33, making it clear that the evaluation of a s. 8 claim entails two distinct inquiries: "The first is whether the accused had a reasonable expectation of privacy. The second is whether the search was an unreasonable intrusion on that right to privacy." The second inquiry is undertaken only if the first results in an affirmative answer.

[135] Le juge Cory a précisé davantage le cadre analytique de l'art. 8 dans l'arrêt *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 33, en indiquant clairement que, pour évaluer une demande fondée sur l'art. 8, il faut répondre à deux questions distinctes : « La première est de savoir si l'accusé pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée. La seconde est de savoir si la perquisition constituait une atteinte abusive à ce droit à la vie privée. » Ce n'est que si la première question donne lieu à une réponse affirmative qu'il faut répondre à la seconde question.

[136] Regarding the first inquiry, this Court explained in *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 533, that a police activity is a search only if it "invades a reasonable expectation of privacy". The Court added in *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 11, that "not every form of examination conducted by the government will constitute a 'search' for constitutional purposes". In *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67, at para. 19, the Court explicitly rejected a category-based approach to determining whether specific investigative techniques engage s. 8 of the *Charter*. Thus, an examination conducted by the state will be a "search" within the meaning of s. 8 only if it constitutes an intrusion on an individual's reasonable privacy interest.

[136] En ce qui concerne la première question, notre Cour a expliqué, dans l'arrêt *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 533, qu'une activité de la police ne constitue une fouille que si elle « a pour effet de déjouer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée ». Dans l'arrêt *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 11, la Cour a ajouté que « tout type d'enquête gouvernementale ne constituera pas forcément, sur le plan constitutionnel, une "fouille ou perquisition" ». Dans l'arrêt *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67, par. 19, la Cour a explicitement rejeté le recours à une approche fondée sur des catégories pour déterminer si des techniques d'enquête particulières font entrer en jeu l'art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, une enquête de l'État ne constituera une « fouille ou perquisition » au sens de l'art. 8 que si elle porte atteinte au droit raisonnable d'un individu à la vie privée.

[137] Therefore, the instant case does not require a category-based decision on the constitutionality of the use of sniffer dogs by the police that will apply in all circumstances. Rather, what must be determined is, first, whether the appellant had a reasonable expectation of privacy in the circumstances of this case and, if so, whether the use of a sniffer dog in these circumstances intruded unreasonably on his reasonable expectation of privacy and thereby infringed s. 8 of the *Charter*. This is consistent with the contextual approach to s. 8 that prevails in this Court's jurisprudence.

[137] Il n'est donc pas nécessaire en l'espèce de rendre, au sujet de la constitutionnalité de l'utilisation des chiens renifleurs par les policiers, une décision fondée sur des catégories qui va s'appliquer dans tous les cas. Au contraire, il faut d'abord déterminer si, dans les circonstances de la présente affaire, l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée et, dans l'affirmative, si l'utilisation d'un chien renifleur dans ces circonstances a eu pour effet de déjouer de façon abusive cette attente raisonnable et de violer ainsi l'art. 8 de la *Charte*. Cela est compatible avec l'approche contextuelle relative à l'art. 8 qui est adoptée dans la jurisprudence de notre Cour.

3.2.1 Reasonableness of the Expectation of Privacy

[138] In analysing a s. 8 claim, the first step is to identify the alleged privacy interest. This interest must be "framed in broad and neutral terms": *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 50. When a court considers whether an accused had a reasonable expectation of privacy, the issue is not whether he or she was involved in criminal activity. As this Court stated in *Hunter v. Southam*, at p. 160, an *ex post facto* analysis to determine this would be at odds with the purpose of s. 8, which is to *prevent* unreasonable searches before they occur. Thus, to assess whether the expectation of privacy was reasonable, the court must first frame the alleged privacy interest in broad and neutral terms.

3.2.1 Caractère raisonnable de l'attente en matière de vie privée

[138] La première étape de l'analyse d'une demande fondée sur l'art. 8 consiste à définir le prétendu droit à la vie privée, ce qui doit être fait « en termes [. . .] généraux et [. . .] neutres » : *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 50. Lorsqu'un tribunal se demande si un accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée, la question n'est pas de savoir si l'accusé était impliqué dans une activité criminelle. Comme notre Cour l'a dit à la p. 160 de l'arrêt *Hunter c. Southam*, une analyse après le fait destinée à trancher cette question entrerait en conflit avec l'objet de l'art. 8, qui est de *prévenir* les fouilles et les perquisitions abusives avant qu'elles ne se produisent. Par conséquent, pour déterminer si l'attente en matière de vie privée était raisonnable, le tribunal doit d'abord définir en termes généraux et neutres le droit à la vie privée que l'on prétend violé.

[139] It is clear from this Court's s. 8 jurisprudence that the constitutional protection against unreasonable search or seizure is not automatic and is not engaged in all situations. In *Edwards*, at para. 56, Cory J. stated that "[t]he reasonable expectation of privacy concept has worked well in Canada. It has proved to be reasonable, flexible, and viable. I can see no reason for abandoning it in favour of the discredited rule of automatic standing." This Court has indicated that s. 8 will not be engaged unless the claimant has a reasonable expectation

[139] Il ressort clairement de la jurisprudence de notre Cour relative à l'art. 8 que la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives n'est pas automatique et n'entre pas en jeu dans tous les cas. Dans l'arrêt *Edwards*, par. 56, le juge Cory a affirmé que « [l]a notion d'attente raisonnable en matière de vie privée a donné de bons résultats au Canada. Elle s'est avérée raisonnable, souple et viable. Je ne vois donc aucune raison de l'abandonner au profit de la règle discréditée de la reconnaissance automatique

of privacy: see, e.g., *Tessling*, *Edwards* and *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at pp. 516-17 (regarding routine questioning, a baggage search and a pat of outer clothing by customs officers). In recent cases, the Court has explicitly followed a contextual approach, considering several factors in answering the threshold question whether the accused had a reasonable expectation of privacy in respect of the subject matter of the search or seizure.

[140] To determine whether the accused had a reasonable expectation of privacy, the totality of the circumstances must be considered. The accused must establish both an objective and a subjective expectation of privacy. In *Edwards*, at para. 45, and *Tessling*, at para. 32, this Court developed a non-exhaustive list of factors to assist in making this determination. The factors for determining whether the accused had a reasonable expectation of privacy may be summarized as including:

(i) the presence of the accused at the time of the alleged search;

(ii) the subject matter of the alleged search:

(a) ownership and historical use of the subject matter;

(b) whether the subject matter was in public view;

(c) whether the subject matter had been abandoned;

(d) where the subject matter is information, whether the information was already in the hands of third parties; if so, was there a duty of confidentiality in relation to it?

de la qualité pour agir. » Notre Cour a indiqué que l'art. 8 ne s'applique que si le demandeur a une attente raisonnable en matière de vie privée; voir, par exemple, les arrêts *Tessling*, *Edwards* et *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 516-517 (concernant les interrogatoires de routine, la fouille des bagages et la fouille par palpation des vêtements extérieurs effectués par des douaniers). Dans des arrêts récents, notre Cour a explicitement adopté une approche contextuelle consistant à examiner plusieurs facteurs pour répondre à la question préliminaire de savoir si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de ce qui a fait l'objet de la fouille, perquisition ou saisie.

[140] Il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances pour déterminer si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée. Ce dernier doit prouver qu'il avait une attente à la fois objective et subjective en matière de vie privée. Dans les arrêts *Edwards*, par. 45, et *Tessling*, par. 32, notre Cour a établi une liste non exhaustive de facteurs utiles pour trancher cette question. Les facteurs servant à déterminer si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée peuvent être résumés ainsi :

(i) la présence de l'accusé au moment de la prétendue fouille ou perquisition;

(ii) l'objet de la prétendue fouille ou perquisition :

a) la propriété et l'usage historique de l'objet;

b) la question de savoir si l'objet était à la vue du public;

c) la question de savoir si l'objet avait été abandonné;

d) dans le cas où l'objet est un renseignement, la question de savoir si des tiers possédaient déjà ce renseignement et, dans l'affirmative, si le renseignement en question était visé par une obligation de confidentialité;

(iii) the place where the alleged search occurred:

(a) ownership, possession, control or use of the place where the alleged search took place;

(b) the ability to regulate access, including the right to admit or exclude others from the place;

(c) notification of the possibility of searches being conducted in the place;

(iv) the investigative technique used in the alleged search:

(a) whether the police technique was intrusive in relation to the alleged privacy interest;

(b) whether the information obtained in the alleged search exposed any intimate details of the accused's lifestyle, or information of a biographical nature.

[141] As in any contextual analysis, not all the factors will be relevant in a given case. The purpose of setting out a non-exhaustive list of factors stated in general terms is not to have each one considered slavishly regardless of materiality to the specific case, but to provide a helpful guide to ensure that relevant factors are not disregarded.

[142] In my view, because the requirement of a reasonable expectation of privacy is a guiding principle under s. 8, the consideration of relevant contextual factors is an integral part of the s. 8 analysis.

[143] Thus, where the applicability of s. 8 is at issue, failure to consider whether the claimant had a reasonable expectation of privacy that engages s. 8 may constitute an error of law. If the trial judge

(iii) le lieu où la prétendue fouille ou perquisition a été effectuée :

a) la propriété, la possession, le contrôle ou l'utilisation du lieu où la prétendue fouille ou perquisition a été effectuée;

b) l'habilité à régir l'accès au lieu, y compris le droit d'y laisser entrer ou d'en exclure autrui;

c) la notification de la possibilité que des fouilles ou perquisitions soient effectuées dans ce lieu;

(iv) la technique d'enquête utilisée pour effectuer la prétendue fouille ou perquisition :

a) la question de savoir si la technique policière a porté atteinte au prétendu droit à la vie privée;

b) la question de savoir si le renseignement obtenu lors de la prétendue fouille ou perquisition révélait des détails intimes sur le mode de vie de l'accusé ou des renseignements d'ordre biographique le concernant.

[141] Comme dans toute analyse contextuelle, ces facteurs ne sont pas tous pertinents dans un cas donné. Cette liste non exhaustive de facteurs énoncés en termes généraux a pour objet non pas d'encourager l'examen servile de chaque facteur indépendamment de sa pertinence dans l'affaire en cause, mais plutôt de fournir un guide utile qui permettra d'éviter que des facteurs pertinents ne soient pas pris en considération.

[142] J'estime que, parce que l'exigence d'une attente raisonnable en matière de vie privée est un principe directeur qui sous-tend l'art. 8, l'examen des facteurs contextuels pertinents fait partie intégrante de l'analyse relative à l'art. 8.

[143] Ainsi, dans le cas où l'applicabilité de l'art. 8 est en cause, l'omission de vérifier si le demandeur avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui fait intervenir l'art. 8 peut constituer une

carries out the reasonable expectation of privacy analysis, however, deference will be owed to his or her finding.

3.2.2 Reasonableness of the Search

[144] Once it is determined that the accused had a reasonable expectation of privacy and that s. 8 is accordingly engaged, the next step is to determine whether the search or seizure was reasonable. In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278, this Court held that "[a] search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable." I will briefly elaborate on each of these requirements in the context of this appeal.

[145] First, a search may be authorized either by legislation or at common law. No statute has been relied upon in this case as authorizing the use of the sniffer dog. To determine whether the use of the sniffer dog was authorized by law, I will therefore consider the common law. As I will discuss in detail below, this Court's approach to recognizing common law powers of search is based on the test set out in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.).

[146] Second, the reasonableness of the law authorizing a search must be evaluated. For legislation that authorizes a search to be reasonable, the traditional standard is reasonable grounds to believe that evidence of an offence will be discovered: *Hunter v. Southam*, at p. 161. This standard was established in a case involving a statutory search where the accused had a well-defined reasonable expectation of privacy, there were no exigent circumstances and the sweeping search technique in issue was clearly intrusive in relation to the claimant's privacy interest. Where the authority for a search is a common law power, by contrast, the courts can define the scope of this power in a

erreur de droit. Toutefois, si le juge du procès effectue l'analyse de l'attente raisonnable en matière de vie privée, il y a lieu de faire montre de déférence à l'égard de sa conclusion.

3.2.2 Caractère raisonnable ou non abusif de la fouille ou perquisition

[144] Une fois que l'on décide qu'un accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée et que l'art. 8 entre donc en jeu, la prochaine étape consiste à déterminer si la fouille, la perquisition ou la saisie était raisonnable, c'est-à-dire non abusive. Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278, notre Cour a jugé qu'« [u]ne fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive ». Je vais brièvement expliciter chacune de ces conditions dans le contexte du présent pourvoi.

[145] Premièrement, une fouille ou perquisition peut être autorisée par une mesure législative ou par la common law. Aucun texte législatif autorisant l'utilisation du chien renifleur n'a été invoqué en l'espèce. Par conséquent, pour déterminer si l'utilisation du chien renifleur était légale, je vais examiner la common law. Comme je l'expliquerai plus loin, l'approche adoptée par notre Cour pour reconnaître l'existence en common law de pouvoirs de procéder à des fouilles ou à des perquisitions repose sur la grille d'analyse établie dans l'arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.).

[146] Deuxièmement, il faut évaluer le caractère raisonnable de la loi qui autorise une fouille ou perquisition. La norme traditionnelle qui s'applique pour déterminer si une mesure législative qui autorise une fouille ou perquisition est raisonnable est celle des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts : *Hunter c. Southam*, p. 161. Cette norme a été établie dans une affaire relative à une perquisition autorisée par la loi où l'accusé avait une attente raisonnable bien définie en matière de vie privée, où il n'y avait aucune situation d'urgence et où la technique de fouille approfondie en cause avait clairement porté atteinte au droit à la

manner consistent with the *Charter*: *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32, at para. 21, *per* Abella J. (for the majority).

[147] Third, the manner in which the search was carried out must also be reasonable. It is at this stage of the analysis that the conduct of the police is evaluated. Even if a search is authorized by a law that is reasonable, it will be vitiated and the authority for it will be lost if it is conducted in an unreasonable manner.

[148] As was mentioned above, the Crown invokes no statutory authority for the use of the sniffer dog in this case. It is therefore necessary to determine whether the use of the dog was authorized at common law pursuant to the *Waterfield* test and, if so, to define the scope of the power in a manner consistent with the *Charter*.

3.2.2.1 *Development and Application of the Waterfield Test*

[149] This Court's approach to the recognition of police powers at common law was set out in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, which concerned the power of the police to conduct random vehicle stops for impaired driving as part of the R.I.D.E. program. Le Dain J., writing for the majority, held that the police act lawfully only if they are exercising powers that are "conferred by statute or derived as a matter of common law from their duties": p. 28.

[150] The test relied on by Le Dain J. in *Dedman* to determine whether a common law police power existed had been established in *Waterfield*, at pp. 661-62. This test has been applied in a variety of cases since *Dedman*. In *Clayton* (at para. 22), Abella J. approved of the Ontario Court of Appeal's articulation of the *Waterfield* test. As Doherty J.A.

vie privée du demandeur. Par contre, lorsque le pouvoir d'effectuer une fouille ou perquisition est conféré par la common law, les tribunaux peuvent en définir l'étendue d'une manière conforme à la *Charte* : *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32, par. 21, la juge Abella (s'exprimant au nom des juges majoritaires).

[147] Troisièmement, la fouille ou la perquisition doit également avoir été effectuée d'une manière non abusive. C'est à cette étape de l'analyse que le comportement des policiers est évalué. Même si elle est autorisée par une loi raisonnable, une fouille ou perquisition sera viciée et injustifiée si elle est effectuée de façon abusive.

[148] Comme je l'ai déjà mentionné, le ministère public n'invoque aucun texte législatif pour justifier l'utilisation du chien renifleur en l'espèce. Par conséquent, il faut déterminer si l'utilisation du chien était permise en common law selon la grille d'analyse de *Waterfield* et, dans l'affirmative, définir l'étendue du pouvoir en question d'une manière conforme à la *Charte*.

3.2.2.1 *Établissement et application de la grille d'analyse établie dans l'arrêt Waterfield*

[149] L'approche adoptée par notre Cour pour reconnaître l'existence de pouvoirs policiers en common law a été énoncée dans l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, qui portait sur le pouvoir des policiers d'intercepter des véhicules au hasard dans le cadre du programme R.I.D.E. visant à détecter les conducteurs aux facultés affaiblies. Le juge Le Dain, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu que les policiers n'agissent légalement que s'ils exercent un pouvoir qu'ils « possèdent en vertu d'une loi ou qui découle de leurs fonctions par l'effet de la *common law* » (p. 28).

[150] La grille d'analyse que le juge Le Dain a appliquée dans l'arrêt *Dedman* pour déterminer s'il existait un pouvoir policier en common law avait été établie dans l'arrêt *Waterfield*, p. 661-662. Depuis que l'arrêt *Dedman* a été rendu, cette grille d'analyse a été appliquée dans diverses affaires. Ainsi, dans l'arrêt *Clayton*, par. 22, la juge Abella a

had explained, the test involves two specific inquiries:

> First, the prosecution must demonstrate that the police were acting in the exercise of a lawful duty when they engaged in the conduct in issue. Second, and in addition to showing that the police were acting in the course of their duty, the prosecution must demonstrate that the impugned conduct amounted to a justifiable use of police powers associated with that duty . . . .
>
> (*R. v. Clayton* (2005), 196 O.A.C. 16, at para. 37)

[151] At the first stage of the *Waterfield* test, the law enforcement duties traditionally recognized at common law are "the preservation of the peace, the prevention of crime, and the protection of life and property": *Dedman*, at p. 32.

[152] At the second stage of the test, the court must determine whether the conduct of the police was justified by applying the standard of what is reasonably necessary in light of the totality of the circumstances. As Le Dain J. explained in *Dedman*, at p. 35: "[T]he correct test [is found] in the use of the words 'reasonably necessary'. . . . The interference with liberty must be necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable". As this Court added in *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, at para. 39, the circumstances to be considered at the second stage of the *Waterfield* test include "the duty being performed, the extent to which some interference with individual liberty is necessary in the performance of that duty, the importance of the performance of the duty to the public good, the nature of the liberty being interfered with, and the nature and extent of the interference".

[153] It will be instructive to briefly review the application of the *Waterfield* test in several key cases. In *Dedman*, Le Dain J. concluded with respect to the first stage of the test that randomly

approuvé la façon dont la Cour d'appel de l'Ontario a formulé la grille d'analyse de *Waterfield*. Comme le juge Doherty l'avait expliqué, cette analyse comporte deux étapes distinctes :

> [TRADUCTION] Premièrement, la poursuite doit démontrer que le policier a agi dans l'exercice d'une fonction légitime. Deuxièmement, après avoir démontré que le policier a agi dans l'exercice de sa fonction, la poursuite doit établir que l'acte reproché équivaut à un exercice justifiable du pouvoir policier lié à cette fonction . . .
>
> (*R. c. Clayton* (2005), 196 O.A.C. 16, par. 37)

[151] En ce qui concerne la première étape de l'analyse de *Waterfield*, les fonctions liées à l'application de la loi qui sont traditionnellement reconnues en common law sont « le maintien de la paix, la prévention du crime et la protection de la vie des personnes et des biens » : *Dedman*, p. 32.

[152] À la deuxième étape de l'analyse de *Waterfield*, le tribunal doit déterminer si le comportement des policiers était justifié en appliquant la norme de ce qui est raisonnablement nécessaire eu égard à l'ensemble des circonstances. Comme le juge Le Dain l'a expliqué dans l'arrêt *Dedman*, p. 35, « [l]e bon critère [se trouve dans l'emploi de] l'expression [TRADUCTION] "raisonnablement nécessaire". L'atteinte à la liberté doit être nécessaire à l'accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable ». Comme notre Cour l'a ajouté dans l'arrêt *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52, par. 39, les facteurs qui doivent être pris en considération à la deuxième étape de l'analyse de *Waterfield* sont notamment « le devoir dont s'acquitte le policier, la mesure dans laquelle l'atteinte à la liberté individuelle est nécessaire à l'accomplissement de ce devoir, l'importance que présente l'accomplissement de ce devoir pour l'intérêt public, la nature de la liberté à laquelle on porte atteinte, ainsi que la nature et l'étendue de l'atteinte ».

[153] Il est intéressant d'examiner brièvement la façon dont la grille d'analyse de *Waterfield* a été appliquée dans plusieurs arrêts clés. Dans l'arrêt *Dedman*, le juge Le Dain a conclu, au sujet de

stopping vehicles to deter and detect impaired driving fell within the duties of the police "to prevent crime and to protect life and property by the control of traffic": p. 35. On the second stage of the test, Le Dain J. regarded impaired driving as a serious problem. He stated that while driving on a highway free from unreasonable interference is an important right, driving is a licensed and regulated activity, and the vehicle stops were of relatively short duration and only slightly inconvenient. He also considered it to be a significant factor that the campaign to detect impaired drivers was well publicized and served a deterrent purpose. Le Dain J. accordingly held that the random vehicle stop, as part of a program to detect and deter impaired driving, was based on common law authority.

la première étape de l'analyse, que l'interception de véhicules au hasard dans le but de détecter et décourager la conduite avec facultés affaiblies relevait du devoir des policiers « de prévenir les infractions et de protéger la vie des personnes et la propriété par la surveillance de la circulation » (p. 35). À la deuxième étape de l'analyse, le juge Le Dain a estimé que la conduite avec facultés affaiblies constituait un grave problème. Selon lui, bien que le droit de circuler sur les routes sans entrave déraisonnable soit important, il s'agit d'une activité réglementée qui nécessite un permis, et l'interception des véhicules était relativement brève et ne causait pas beaucoup d'inconvénients. Il a aussi considéré important le fait que la campagne visant à déceler les conducteurs aux facultés affaiblies était bien médiatisée et avait un caractère dissuasif. Le juge Le Dain a donc décidé que l'interception de véhicules au hasard, dans le cadre d'un programme visant à déceler et à décourager la conduite avec facultés affaiblies, était autorisée par la common law.

[154] In *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, the Court considered whether the police had the power at common law to enter a dwelling while investigating a 911 call. Lamer C.J. held that, because of the police duty to protect life, the requirement of the first stage of the *Waterfield* test is satisfied where a 911 caller is or may be in distress, or if the call is disconnected before the nature of the emergency is established. Regarding the second stage of the test, although residents have a privacy interest in the sanctity of their homes, the public interest in an effective emergency response system is significant enough to justify a limited intervention by the police in the house to protect life and safety. Accordingly, the Court found that the forced entry into the home of the accused was justifiable in light of the totality of the circumstances, but only to determine whether there was an emergency.

[154] Dans l'arrêt *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, la Cour s'est demandé si la common law habilitait les policiers à entrer dans une résidence lorsqu'ils enquêtent sur un appel au 911. Le juge en chef Lamer a conclu que, en raison du devoir des policiers de protéger la vie des gens, la première étape de l'analyse de *Waterfield* est franchie lorsque la personne qui a composé le 911 est ou peut être en difficulté, ou si la communication est coupée avant que la nature de l'urgence soit établie. Pour ce qui est de la deuxième étape de l'analyse, bien que chacun ait le droit au respect de sa vie privée dans l'intimité de son foyer tenu pour inviolable, l'intérêt que présente pour le public le maintien d'un système d'intervention d'urgence efficace est suffisamment important pour justifier une intervention policière limitée dans un domicile en vue de protéger la vie des gens qui s'y trouvent et d'assurer leur sécurité. Par conséquent, la Cour a jugé que l'entrée par la force dans le domicile de l'accusé était justifiable eu égard à l'ensemble des circonstances, mais uniquement pour déterminer s'il y avait une urgence.

[155] In *Mann*, the Court considered whether the police have a common law power to detain an

[155] Dans l'arrêt *Mann*, la Cour s'est demandé si la common law habilite les policiers à détenir

individual for investigative purposes and to search him or her incidentally to that investigative detention. In that case, the accused, who matched the description of a suspect in a nearby break and enter, was detained by the police. He was subjected to a pat-down search, during which the officer searching him felt a soft object in his pocket. The officer reached into the pocket and removed a small bag of marijuana, and the accused was then arrested for possession for the purpose of trafficking. The accused contended that his *Charter* rights under ss. 8, 9, 10(*a*) and 10(*b*) had been infringed, and sought exclusion of the evidence of the marijuana under s. 24(2). Iacobucci J., writing for the majority, applied the *Waterfield* test to determine whether the conduct of the police fell within the scope of their common law powers. Concerning the detention of the accused, Iacobucci J. found that the requirement of the first stage of the test was satisfied, because the police were acting in pursuit of their duty to protect life and property. As for the second stage, he held that investigative detention is permissible if there are reasonable grounds to suspect that the individual is connected with a particular crime and that such a detention is necessary (para. 45).

[156] *Clayton* involved a 911 call indicating that several persons were openly displaying handguns in a parking lot. The police responded within minutes and stopped the first car leaving the rear parking lot. Because the co-accused driver and passenger were behaving suspiciously, the officers searched them. Loaded prohibited firearms were found. The accused claimed that their rights under ss. 8 and 9 of the *Charter* had been infringed. Abella J., writing for the majority, held that the requirement of the first stage of the *Waterfield* test was satisfied because the police were engaged in the investigation and prevention of crime. On the second stage of the test, Abella J. found that the police search of the two accused was justified because of the seriousness of the offence, the genuine risk of serious

une personne aux fins d'enquête et à la soumettre à une fouille accessoire à cette détention aux fins d'enquête. Dans cette affaire, l'accusé, qui correspondait à la description d'un suspect impliqué dans une introduction par effraction commise non loin de l'endroit où il se trouvait, a été détenu par les policiers. Il a été soumis à une fouille par palpation pendant laquelle le policier qui le fouillait a senti un objet mou à l'intérieur de sa poche. Le policier a glissé sa main dans cette poche et en a retiré un petit sac de marijuana; l'accusé a alors été mis en état d'arrestation pour possession aux fins de trafic. L'accusé a soutenu qu'il y avait eu atteinte aux droits qui lui sont garantis par les art. 8 et 9 ainsi que par les al. 10*a*) et 10*b*) de la *Charte*, et il a demandé que la preuve constituée de la marijuana soit écartée en application du par. 24(2). Le juge Iacobucci, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a appliqué la grille d'analyse de *Waterfield* pour déterminer si le comportement des policiers était conforme aux pouvoirs qui leur sont conférés par la common law. En ce qui concerne la détention de l'accusé, le juge Iacobucci a estimé que l'exigence de la première étape de l'analyse était respectée du fait que les policiers s'acquittaient alors de leur devoir de protéger la vie des gens et les biens. Pour ce qui est de la deuxième étape, il a conclu que la détention d'une personne aux fins d'enquête est acceptable s'il y a des motifs raisonnables de soupçonner que cette personne est impliquée dans un crime donné et qu'il est nécessaire de la détenir (par. 45).

[156] Dans l'affaire *Clayton*, il était question d'un appel au 911 indiquant que plusieurs personnes exhibaient des pistolets dans un stationnement. Les policiers sont intervenus dans les minutes qui ont suivi l'appel et ont intercepté la première voiture qui s'apprêtait à quitter le stationnement arrière. Ils ont fouillé le conducteur coaccusé et le passager en raison de leur comportement suspect. Des armes à feu prohibées chargées ont été découvertes. Les accusés ont soutenu qu'il y avait eu atteinte aux droits qui leur sont garantis par les art. 8 et 9 de la *Charte*. La juge Abella, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu que l'exigence de la première étape de l'analyse de *Waterfield* était respectée du fait que les policiers exerçaient alors leur fonction d'enquête et de prévention du crime.

bodily harm to the public, and the fact that, based on the behaviour of the accused, the officers had a reasonable suspicion that they might be in possession of firearms. The conduct of the police was found to be temporally, geographically and logistically responsive to the totality of the circumstances of the case.

Au sujet de la deuxième étape de l'analyse, la juge Abella s'est dite d'avis que la fouille policière des deux accusés était justifiée en raison de la gravité de l'infraction, de l'existence d'un risque réel de préjudice corporel grave pour le public et du fait que le comportement des accusés avait fait naître chez les policiers des soupçons raisonnables que ceux-ci pouvaient avoir des armes à feu en leur possession. Elle a jugé que le délai de réaction des policiers, la délimitation géographique de leur intervention et les moyens qu'ils avaient employés étaient adaptés à l'ensemble des circonstances de l'affaire.

3.2.2.2 *Standards for Justifying a Search Pursuant to a Common Law Power*

3.2.2.2 *Normes applicables pour justifier une fouille ou perquisition fondée sur un pouvoir conféré par la common law*

[157] Having reviewed the framework for determining whether a common law police power exists, I will now consider the standards for justifying a search conducted pursuant to such a power. As was mentioned above, the case at bar does not concern the use of a sniffer dog in an *incidental* search. Rather, the issue is whether the use of a sniffer dog by the police as an *independent* investigative tool in this case was authorized at common law pursuant to principles developed in accordance with the requirements of the *Charter*.

[157] Après avoir examiné le critère requis pour déterminer s'il existe un pouvoir policier conféré par la common law, je vais maintenant examiner les normes applicables pour justifier une fouille ou perquisition fondée sur un tel pouvoir. Comme je l'ai déjà mentionné, il n'est pas question, dans le présent pourvoi, de l'utilisation d'un chien renifleur pour effectuer une fouille *accessoire*. La question est plutôt de savoir si, en l'espèce, le recours des policiers à un chien renifleur, en tant qu'outil d'enquête *indépendant*, était autorisé par la common law selon les principes établis conformément aux exigences de la *Charte*.

[158] A preliminary question arises: Should the Court develop these standards here? With respect, simply referring this matter to Parliament is not in my view an appropriate solution. The questions raised by this appeal concern the recognition of a common law power in conformity with the Constitution, a task — indeed a responsibility — historically and presently within the purview of this Court's institutional competence. As Iacobucci J. stated in *Mann*, at para. 18:

> Where, as in this case, the relevant common law rule has evolved gradually through jurisprudential treatment, the judiciary is the proper forum for the recognition and ordering of further legal developments, absent legislative intervention. . . . It is, of course, open to Parliament to enact legislation in line with what it

[158] Une question préliminaire se pose : La Cour devrait-elle établir les normes en l'espèce? J'estime, en toute déférence, qu'il ne convient pas de renvoyer simplement la question au législateur. Les questions soulevées par le présent pourvoi portent sur la reconnaissance d'un pouvoir de common law conforme à la Constitution, une tâche — voire une responsabilité — qui, historiquement et présentement, s'inscrit dans les limites de la compétence institutionnelle de notre Cour. Comme l'a affirmé le juge Iacobucci, au par. 18 de l'arrêt *Mann* :

> Lorsque, comme c'est le cas dans le présent pourvoi, la règle de common law pertinente a évolué graduellement au fil de décisions judiciaires, les tribunaux sont le cadre indiqué pour reconnaître et arrêter de nouveaux raffinements juridiques en l'absence d'intervention du législateur. [. . .] Certes, le Parlement est libre d'édicter

deems the best approach to the matter, subject to overarching requirements of constitutional compliance. As well, Parliament may seek to legislate appropriate practice and procedural techniques . . . .

[159] For the purpose of identifying the circumstances in which the police may use sniffer dogs while discharging a lawful police duty, the pivotal question is what grounds, if any, the police must have for their use of the dogs to fall within the scope of their common law powers and comply with s. 8 of the *Charter*. Three standards have been proposed for determining when a sniffer dog may be used. Since there is no general police power to routinely use sniffer dogs for any purpose, or at any time or place, it is necessary to determine which of the three standards is applicable. For the purpose of the second stage of the *Waterfield* test, the determination of the applicable standard must be based on what is *reasonably necessary in light of the totality of the circumstances*. Although the police have many investigative tools at their disposal, not all of them will be appropriate in every situation. Some tools are so intrusive in relation to the reasonable privacy interests of an accused that to use them will not be proper without safeguards.

[160] What are the proposed standards? The lowest one would require no grounds for the use of a sniffer dog, whereas the highest one would — absent exigent circumstances — require reasonable grounds to believe that evidence of an offence will be discovered. In between these two is the intermediate standard of reasonable suspicion that evidence of an offence will be discovered. I will discuss each of these standards in turn.

[161] In certain circumstances, the use of a given investigative technique has been approved, without a requirement of specific grounds, on the basis that the accused did not have a reasonable expectation of privacy. For example, in *R. v. Boersma*,

une loi établissant la démarche qu'il juge la meilleure à cet égard, pourvu qu'il se conforme aux exigences primordiales de la Constitution. De même, il est possible que le Parlement veuille instaurer, par voie législative, des pratiques et procédures . . .

[159] Pour définir les circonstances dans lesquelles les policiers peuvent utiliser un chien renifleur dans l'exercice d'une fonction légitime, la question cruciale est de savoir quelles raisons, s'il en est, doivent motiver leur utilisation d'un chien pour qu'elle soit conforme à l'art. 8 de la *Charte* et aux pouvoirs qui leur sont conférés par la common law. Trois normes ont été proposées pour déterminer dans quels cas un chien renifleur peut être utilisé. Étant donné que les policiers n'ont aucun pouvoir général d'utiliser systématiquement des chiens renifleurs à quelque fin que ce soit ou en tout temps et en tout lieu, il est nécessaire de déterminer laquelle de ces trois normes s'applique. Pour les besoins de la deuxième étape de l'analyse de *Waterfield*, la norme applicable doit être déterminée en fonction de ce qui est *raisonnablement nécessaire eu égard à l'ensemble des circonstances*. Les nombreux outils d'enquête dont disposent les policiers ne peuvent pas tous nécessairement être utilisés dans chaque cas. Certains outils portent tellement atteinte au droit raisonnable d'un accusé à la vie privée que leur utilisation doit être assujettie à des garanties.

[160] Quelles sont les normes proposées? La norme la moins stricte veut qu'aucun motif ne soit nécessaire pour recourir à un chien renifleur, tandis que la norme la plus stricte exige qu'en l'absence d'une situation d'urgence il y ait des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts. Entre ces deux normes, il y a la norme intermédiaire des soupçons raisonnables que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts. Je vais examiner successivement chacune de ces normes.

[161] Dans certaines circonstances, l'utilisation d'une technique d'enquête a été approuvée sans que des motifs précis soient requis, parce que l'accusé n'avait aucune attente raisonnable en matière de vie privée. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Boersma*,

[1994] 2 S.C.R. 488, the police did not infringe s. 8 by walking along a dirt road and observing the marijuana crop of the accused in plain sight on Crown land. In *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 62, Cory J., writing for the majority, stated: "where an accused who is not in custody discards a kleenex or cigarette butt, the police may ordinarily collect and test these items without any concern about consent". Regarding sniffer dogs, the United States Supreme Court and the Supreme Court of South Australia have taken the position that no grounds are required before the police may use them: see *Illinois v. Caballes*; *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)*. In Canada, however, where an accused has a reasonable expectation of privacy that engages s. 8, it may be problematic to allow the police to use a given investigative technique without requiring grounds.

[162] In the case at bar, Paperny J.A., in dissent, adopted the highest standard, that the police must have reasonable grounds to believe that evidence of an offence will be discovered before they may use a sniffer dog: para. 139. As was mentioned above, this standard was established in *Hunter v. Southam*, at p. 160, a case in which the accused had a well-defined reasonable expectation of privacy, there were no exigent circumstances, it was not impracticable to obtain prior judicial authorization and the search technique was clearly intrusive.

[163] The intermediate standard of reasonable suspicion that evidence of an offence will be discovered has been advanced in the instant case by the interveners the Attorney General of Quebec and the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

[164] Some clarification is required regarding what the reasonable suspicion standard entails. The grounds required to justify an investigative

[1994] 2 R.C.S. 488, les policiers n'ont pas violé l'art. 8 en marchant sur un chemin de terre et en apercevant des plants de marijuana que l'accusé cultivait à la vue de tous sur une terre publique. Dans l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 62, le juge Cory, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a affirmé que « lorsqu'un accusé qui n'est pas détenu jette un papier-mouchoir ou un mégot de cigarette, la police peut normalement recueillir ces objets et les faire analyser, sans avoir à se soucier d'obtenir un consentement ». En ce qui concerne les chiens renifleurs, la Cour suprême des États-Unis et la Cour suprême de l'Australie-Méridionale ont jugé que les policiers n'ont besoin d'aucun motif pour les utiliser : voir *Illinois c. Caballes*; *United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)*. Toutefois, au Canada, lorsqu'un accusé a une attente raisonnable en matière de vie privée qui fait intervenir l'art. 8, il peut être problématique de permettre aux policiers d'utiliser une certaine technique d'enquête sans exiger qu'ils aient des motifs de le faire.

[162] En l'espèce, la juge Paperny, dissidente, a retenu la norme la plus stricte selon laquelle, pour pouvoir recourir à un chien renifleur, les policiers doivent avoir des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts : par. 139. Comme nous l'avons vu, cette norme a été établie dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, p. 160. Dans cette affaire, l'accusé avait une attente raisonnable bien définie en matière de vie privée, il n'y avait aucune situation d'urgence, il n'était pas impossible d'obtenir une autorisation judiciaire préalable et la technique de perquisition était nettement envahissante.

[163] La norme intermédiaire des soupçons raisonnables que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts a été proposée en l'espèce par les intervenants le procureur général du Québec et la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

[164] Des précisions s'imposent au sujet de ce que comporte la norme des soupçons raisonnables. Dans l'arrêt *Mann*, notre Cour à la majorité a

detention were defined by the majority of this Court in *Mann*. Iacobucci J. referred, citing the relevant cases, to a number of different formulations of the applicable standard, including "reasonable grounds to suspect", "reasonable suspicion", "articulable cause" and "sufficient reasonable articulable suspicion": paras. 31-32 and 45. He expressed a preference for a new term: "reasonable grounds to detain" (para. 33). But in summarizing the standard being applied in that case, Iacobucci J. then used the expression "reasonable grounds to suspect": para. 45. In my view, "reasonable grounds to suspect" is substantively equivalent to "reasonable suspicion". It is clear that the standard adopted by Iacobucci J. in *Mann* is lower than that of "reasonable grounds to believe", and that it was inspired by the "articulable cause" standard, which has been equated to that of reasonable suspicion: see *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, at para. 52, *per* Major J. In my view, the "reasonable suspicion" standard is readily applicable in practice, is meaningful to the police and trial judges, and is likely to be used in cases other than those involving detention. Thus, in the case at bar, the trial judge, after discussing *Mann* at length, framed her analysis of the grounds required to detain the accused in terms of reasonable suspicion: see para. 55.

[165] The reasonable suspicion standard is lower than the standard of reasonable grounds to believe required for a lawful arrest: see *Mann*, at para. 27. To meet the reasonable suspicion standard, the police must rely on "a constellation of objectively discernible facts": *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182 (C.A.), at p. 202, *per* Doherty J.A. While no single factor can on its own ground reasonable suspicion, a number of factors taken together may cause the police to entertain a reasonable suspicion. However, a mere "hunch based on intuition gained by experience" is not enough to meet the reasonable suspicion standard: *Mann*, at para. 30.

défini les motifs requis pour justifier une détention aux fins d'enquête. Citant la jurisprudence pertinente, le juge Iacobucci a mentionné un certain nombre de formulations différentes de la norme applicable, notamment : « motifs raisonnables de soupçonner », « soupçons raisonnables », « motifs concrets » et « suffisamment de soupçons précis et raisonnables » (par. 31-32 et 45). Il a indiqué qu'il préférait utiliser une nouvelle expression, celle des « motifs raisonnables de détention » (par. 33). Toutefois, en résumant la norme qui était appliquée dans cette affaire, le juge Iacobucci a parlé des « motifs raisonnables de soupçonner » (par. 45). À mon avis, l'expression « motifs raisonnables de soupçonner » correspond essentiellement aux « soupçons raisonnables ». Il est clair que la norme adoptée par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Mann* est moins stricte que celle des « motifs raisonnables de croire », et qu'elle s'inspirait de la norme des « motifs concrets » qui a été assimilée à celle des soupçons raisonnables : voir l'arrêt *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, par. 52, le juge Major. À mon avis, la norme des « soupçons raisonnables » s'applique facilement en pratique, est significative pour les policiers et les juges de première instance, et est susceptible d'être utilisée dans d'autres cas que ceux où il est question de détention. Ainsi, après avoir examiné en profondeur l'arrêt *Mann* en l'espèce, la juge du procès a analysé sous l'angle des soupçons raisonnables les motifs requis pour détenir l'accusé : voir par. 55.

[165] La norme des soupçons raisonnables est moins stricte que celle des motifs raisonnables de croire qui doit être respectée pour qu'une arrestation soit légale : voir l'arrêt *Mann*, par. 27. Pour satisfaire à la norme des soupçons raisonnables, les policiers doivent s'appuyer sur [TRADUCTION] « un ensemble de faits objectivement discernables » : *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182 (C.A.), p. 202, le juge Doherty. Bien qu'aucun facteur ne puisse à lui seul justifier des soupçons raisonnables, un certain nombre de facteurs pris ensemble peuvent faire naître des soupçons raisonnables chez les policiers. Toutefois, une simple « intuition [. . .] basée sur [l']expérience » n'est pas suffisante pour que la norme des soupçons raisonnables soit respectée : *Mann*, par. 30.

[166] The reasonable suspicion standard is a pragmatic and balanced response to the realities of modern law enforcement. To combat impaired driving, for example, Parliament enacted s. 254(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which authorizes peace officers to require drivers to provide roadside breath samples for testing by means of an approved screening device on the basis of a reasonable suspicion of alcohol consumption. According to Fish J. in *R. v. Woods*, [2005] 2 S.C.R. 205, 2005 SCC 42, at para. 30, "[t]hese screening tests . . . necessarily interfere with rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, but only in a manner that is reasonably necessary to protect the public's interest in keeping impaired drivers off the road."

[167] The reasonable suspicion standard has also been held to apply in the customs context, in *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, and *Jacques*, and where, as in *Clayton*, the police are confronting the pressing problem of gun crime.

[168] This standard can be applicable only where there are circumstances that serve as safeguards against unreasonable intrusions on privacy and ensure a balance that affords proper protection. Consequently, a reasonable suspicion standard may be sufficient where the investigative technique is relatively non-intrusive and the expectation of privacy is not high. To determine whether the reasonable suspicion standard is met in a given case, the totality of the circumstances must be considered.

[169] It is apparent from this review that there is a continuum of standards that the courts have recognized to be constitutionally valid. These standards range from no grounds to reasonable suspicion, to reasonable grounds to believe. Which standard should be applied to determine whether an investigative technique has been properly used in a given case will depend on what is reasonably necessary in light of the totality of the circumstances. Indeed,

[166] La norme des soupçons raisonnables constitue une réponse pragmatique et équilibrée aux réalités modernes de l'application de la loi. Pour lutter contre la conduite avec facultés affaiblies, par exemple, le législateur a adopté le par. 254(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui autorise l'agent de la paix, qui a des raisons de soupçonner qu'un conducteur a consommé de l'alcool, à lui ordonner de lui fournir un échantillon d'haleine qui sera analysé à l'aide d'un appareil de détection approuvé. Selon le juge Fish, dans l'arrêt *R. c. Woods*, [2005] 2 R.C.S. 205, 2005 CSC 42, par. 30, « [c]es tests de détection [. . .] portent nécessairement atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte*, mais seulement dans les limites raisonnables et nécessaires pour protéger l'intérêt du public à ce que les conducteurs avec facultés affaiblies ne puissent prendre la route. »

[167] La norme des soupçons raisonnables a également été jugée applicable en contexte douanier dans les arrêts *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, et *Jacques*, ainsi que lorsque, comme dans l'affaire *Clayton*, les policiers sont confrontés au problème urgent des crimes comportant l'usage d'une arme à feu.

[168] Cette norme n'est applicable que dans une situation où il existe des garanties contre les atteintes abusives au droit à la vie privée et un équilibre qui assure une protection adéquate. La norme des soupçons raisonnables peut donc être suffisante lorsque la technique d'enquête est relativement peu envahissante et que l'attente en matière de vie privée n'est pas grande. Il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances pour décider si la norme des soupçons raisonnables est respectée dans un cas donné.

[169] Il ressort de cet examen qu'il existe un éventail de normes qui ont été jugées constitutionnelles par les tribunaux. Ces normes vont de l'absence de motifs jusqu'aux soupçons raisonnables et aux motifs raisonnables de croire. Pour déterminer quelle norme doit être appliquée pour décider si une technique d'enquête a été utilisée à bon droit dans un cas donné, il faut tenir compte de ce qui est raisonnablement nécessaire eu égard à l'ensemble

where common law powers of search are concerned, the *Waterfield* test itself provides for the balancing needed to ascertain which standard will be applicable in each case.

3.3 *Application to This Appeal*

[170] Having set out the analytical framework for s. 8 and for common law police powers, I will now apply it to the facts of this case. I will begin by identifying the appellant's privacy interest and will then determine whether his expectation of privacy was reasonable. After doing so, I will consider the reasonableness of the alleged search; this analysis will involve identifying the grounds required to justify the use of the sniffer dog in the circumstances of this case and evaluating the manner in which the search was conducted.

3.3.1 Reasonableness of the Appellant's Expectation of Privacy

[171] The first step is to determine whether the appellant had a reasonable expectation of privacy that engages the constitutional protection of s. 8 against unreasonable search or seizure. This requires a clear identification of the privacy interest in question and a contextual assessment of both the objective and subjective reasonableness of that interest.

[172] The key question at this stage of the analysis is: Did the appellant, while in a public bus terminal, have a reasonable expectation of privacy in respect of odours emanating from his bag that are imperceptible to humans? In my view, the trial judge erred in concluding that he did not.

[173] Romaine J. erred in analysing the reasonableness of the appellant's expectation of privacy by incorrectly finding that the purpose of the use of the sniffer dog was to identify odours *outside* of his bag.

des circonstances. En fait, lorsqu'il est question de pouvoirs de fouille ou de perquisition conférés par la common law, la grille d'analyse de *Waterfield* prescrit elle-même l'évaluation qui devra être effectuée pour déterminer quelle norme s'appliquera dans chaque cas.

3.3 *Application au présent pourvoi*

[170] Après avoir exposé le cadre analytique de l'art. 8 et des pouvoirs policiers conférés par la common law, je vais maintenant l'appliquer aux faits de la présente affaire. Je vais d'abord définir le droit de l'appelant à la vie privée et ensuite déterminer si l'attente qu'il avait en matière de vie privée était raisonnable. Je vais ensuite examiner le caractère raisonnable de la prétendue fouille; cette analyse consistera notamment à déterminer les motifs requis pour justifier l'utilisation du chien renifleur dans les circonstances de la présente affaire, ainsi qu'à évaluer la manière dont la fouille a été effectuée.

3.3.1 Caractère raisonnable de l'attente de l'appelant en matière de vie privée

[171] La première étape consiste à déterminer si l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui fait intervenir la protection constitutionnelle de l'art. 8 contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives. Pour ce faire, il faut définir clairement le droit à la vie privée en cause et procéder à une évaluation contextuelle du caractère raisonnable, tant objectif que subjectif, de ce droit.

[172] À ce stade de l'analyse, la principale question à laquelle il faut répondre est la suivante : Pendant qu'il se trouvait dans une gare d'autobus, l'appelant avait-il une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des odeurs émanant de son sac qui sont imperceptibles aux humains? À mon avis, la juge du procès a commis une erreur en tirant une conclusion négative à cet égard.

[173] En analysant le caractère raisonnable de l'attente que l'appelant avait en matière de vie privée, la juge Romaine a commis une erreur en concluant à tort que le chien renifleur avait été utilisé pour identifier les odeurs *à l'extérieur* du sac de l'appelant.

[174] It is significant that the odours in and emanating from the appellant's bag were imperceptible to humans, hence the need for a dog to detect the narcotics. This is not a case in which the police were relying on their own senses. Rather, they used the dog to obtain information about the possible presence of a controlled substance *inside* the appellant's bag, as opposed to something that was outside the bag. They used the dog to identify the contents of, and not merely the odours emanating from, the bag. By detecting what was in the air in the vicinity of the appellant's bag, the dog functioned as an investigative tool that allowed the police to conclude, in light of the dog's 90 to 92 percent success rate, that there was a controlled substance inside the bag.

[175] The dog's positive indication allowed for a strong, immediate and direct inference to be made about the contents of the appellant's bag, and this involved a certain intrusion on informational privacy, as defined in *Tessling*, at para. 23. The right to informational privacy protects biographical information, including the very nature of the information. In a case involving this right, the relevant elements of informational privacy include intimate personal details about an accused, such as his or her having come into contact with a controlled substance either as a drug trafficker, an illegal drug user or a legal drug user (such as a user of marijuana for medicinal purposes), or by being in the company of drug users. The very personal nature of this information suggests that the appellant had an objectively reasonable expectation of privacy.

[176] Other factors also indicate that the appellant had an objectively reasonable expectation of privacy. He owned and used the bag, he was present at the time of the search, the bag was one that could be carried close to the body, and he did not abandon it or leave it unattended. The conduct of the police in this case also intruded to a certain extent on the

[174] Fait important, les odeurs à l'intérieur du sac de l'appelant et celles qui en émanaient étaient imperceptibles aux humains, d'où la nécessité de recourir à un chien pour détecter les stupéfiants. Ce n'est pas un cas où les policiers se fiaient à leurs propres sens. Ils ont plutôt utilisé le chien pour recueillir des renseignements concernant la présence possible d'une substance réglementée *à l'intérieur* du sac de l'appelant, plutôt qu'au sujet de quelque chose qui se trouvait à l'extérieur du sac en question. Ils ont utilisé le chien pour déterminer le contenu du sac et non simplement pour identifier les odeurs qui en émanaient. En décelant ce qu'il y avait dans l'air à proximité du sac de l'appelant, le chien a servi d'outil d'enquête qui a permis aux policiers de conclure — eu égard au taux de réussite du chien qui était de 90 à 92 pour 100 — que le sac contenait une substance réglementée.

[175] L'indication positive donnée par le chien a immédiatement et directement permis aux policiers de faire une forte inférence sur le contenu du sac de l'appelant, ce qui comportait une certaine atteinte au droit au respect du caractère privé des renseignements personnels, défini au par. 23 de l'arrêt *Tessling*. Le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels s'applique aux données biographiques, y compris la nature même de ces données. Dans une affaire où il est question de ce droit, les éléments pertinents qui sont protégés sont notamment les détails intimes concernant un accusé, tel le fait d'être entré en contact avec une substance réglementée soit en tant que trafiquant de drogue, en tant que personne qui consomme de la drogue illégalement ou encore légalement comme celle qui consomme de la marijuana à des fins médicales, ou parce qu'il fréquente des consommateurs de drogue. Ainsi, la nature personnelle de ces informations indique que l'appelant avait une attente objectivement raisonnable en matière de vie privée.

[176] D'autres facteurs indiquent également que l'appelant avait une attente objectivement raisonnable en matière de vie privée. L'appelant était le propriétaire et l'utilisateur du sac et il était présent au moment de la fouille; de plus, le sac en question pouvait être porté près du corps et il n'a été ni abandonné ni laissé sans surveillance par l'appelant.

appellant's right to territorial privacy: members of the public have historically used bus terminals to travel as a means of exercising their freedom of mobility, security screening was not done routinely in this terminal and there were no signs indicating that a luggage search was possible. Romaine J. therefore erred in finding that the appellant did not have an objectively reasonable expectation of privacy.

[177] Nevertheless, the appellant's objectively reasonable expectation of privacy in this case is not as high as that in *Hunter v. Southam*. The search in the present case was conducted neither in a workplace nor in a private residence, but in a public place. Moreover, the search technique employed by the police was only minimally intrusive. Thus, the appellant's objectively reasonable expectation of privacy in this case is low compared to the one in *Hunter v. Southam*.

[178] Romaine J. also erred in finding that the appellant did not have a subjective expectation of privacy, as her analysis disregarded the evidence that he had carried the bag close to his body (over his shoulder and close to his elbow) and that he had sought to control access to it. In my view, because he made it clear — both verbally and physically (by preventing Sergeant MacPhee from handling his bag when he opened it) — that he wanted to control access to his bag, the appellant showed that he had a subjective expectation of privacy.

[179] Therefore, it can in my opinion be concluded from the totality of the circumstances that the appellant had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8.

3.3.2 Reasonableness of the Sniffer-Dog Search

[180] Having found that the appellant had a reasonable expectation of privacy, I will now consider

Le comportement adopté par les policiers en l'espèce a aussi, dans une certaine mesure, porté atteinte au droit à la vie privée de l'appelant en ce qui a trait aux lieux : les voyageurs utilisent depuis longtemps les gares d'autobus pour exercer leur liberté de circulation; aucun contrôle de sécurité systématique n'était effectué dans la gare en question et aucune affiche n'indiquait que les bagages pouvaient être fouillés. La juge Romaine a donc commis une erreur en concluant que l'appelant n'avait aucune attente objectivement raisonnable en matière de vie privée.

[177] Cependant, l'attente objectivement raisonnable que l'appelant avait en matière de vie privée dans la présente affaire n'est pas aussi grande que dans l'affaire *Hunter c. Southam*. En l'espèce, la fouille a été effectuée non pas dans un lieu de travail ou dans une résidence privée, mais plutôt dans un lieu public. De plus, la technique de fouille utilisée par les policiers ne portait qu'une atteinte minime. Par conséquent, l'attente objectivement raisonnable que l'appelant avait en matière de vie privée en l'espèce était faible comparativement à celle constatée dans *Hunter c. Southam*.

[178] La juge Romaine a aussi commis une erreur en concluant que l'appelant n'avait pas d'attente subjective en matière de vie privée, étant donné que, dans son analyse, elle n'a pas tenu compte de la preuve que l'appelant avait transporté le sac près de son corps (sur son épaule et près de son coude) et qu'il avait tenté d'en limiter l'accès. J'estime que, parce qu'il a clairement indiqué — tant verbalement que physiquement (en empêchant le sergent MacPhee de toucher au sac au moment où il l'ouvrait) — qu'il voulait limiter l'accès à son sac, l'appelant a montré qu'il avait une attente subjective en matière de vie privée.

[179] Par conséquent, je suis d'avis que l'ensemble des circonstances permet de conclure que l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l'art. 8.

3.3.2 Caractère raisonnable de la fouille effectuée à l'aide du chien renifleur

[180] Après avoir conclu que l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée, je vais

whether the search was reasonable. As I noted above, the use of the sniffer dog in this case has not been characterized as a search incidental to an investigative detention. The alleged authority for the search is not dependent, therefore, on the detention of the appellant.

[181] Rather, what is in issue is whether the circumstances of this case justify the recognition of a common law power to conduct a search using a sniffer dog. It must therefore be asked whether the conduct of the police in using the dog satisfied the *Waterfield* test.

3.3.2.1 *Application of the Waterfield Test*

[182] As was mentioned above, to satisfy the requirement of the first stage of the *Waterfield* test, the Crown must demonstrate that the police were acting in pursuit of a lawful duty when they engaged in the conduct at issue. In the case at bar, the trial judge found that the police were investigating ongoing narcotics trafficking as part of a proactive program being carried out in bus terminals, train stations and airports. It is well established at common law that the investigation and prevention of crime is a duty of the police: see *Dedman*, p. 32, and *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443. In my view, the police were clearly acting in pursuit of their common law duty to investigate and prevent crime when they observed and questioned the appellant and, subsequently, when they used the dog to detect the presence of narcotics. I therefore have no difficulty in finding that the requirement of the first stage of the *Waterfield* test is satisfied in the instant case.

[183] However, it is not enough that the police were acting in pursuit of a lawful duty when they used the dog in this case. The Crown must also establish that the powers were used in a way that met the standard of what is reasonably necessary in light of the totality of the circumstances.

maintenant examiner la question de savoir si la fouille était raisonnable, c'est-à-dire non abusive. Comme je l'ai déjà souligné, l'utilisation du chien renifleur en l'espèce n'a pas été qualifiée de fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête. Le prétendu pouvoir de procéder à la fouille n'est donc pas fonction de la détention de l'appelant.

[181] La question est plutôt de savoir si les circonstances de la présente affaire justifient la reconnaissance d'un pouvoir de common law d'effectuer une fouille à l'aide d'un chien renifleur. Il faut donc se demander si le comportement que les policiers ont adopté en utilisant le chien satisfaisait à la grille d'analyse de *Waterfield*.

3.3.2.1 *Application de la grille d'analyse de Waterfield*

[182] Comme nous l'avons vu, pour satisfaire à l'exigence de la première étape de l'analyse de *Waterfield*, le ministère public doit démontrer que les policiers agissaient dans l'exercice d'une fonction légitime lorsqu'ils ont adopté le comportement en cause. En l'espèce, la juge du procès a conclu que les policiers enquêtaient sur le trafic de stupéfiants dans le cadre d'un programme proactif visant les gares d'autobus, les gares ferroviaires et les aéroports. Il est bien établi en common law que les policiers ont le devoir d'effectuer des enquêtes criminelles et de prévenir le crime : voir les arrêts *Dedman*, p. 32, et *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443. J'estime qu'il est évident que les policiers s'acquittaient de leur devoir de common law d'effectuer des enquêtes criminelles et de prévenir le crime au moment où ils observaient et questionnaient l'appelant et lorsque, par la suite, ils ont utilisé le chien pour détecter la présence de stupéfiants. Je n'ai donc aucune difficulté à conclure que l'exigence de la première étape de l'analyse de *Waterfield* est respectée en l'espèce.

[183] Toutefois, il ne suffit pas que les policiers aient agi dans l'exercice d'une fonction légitime lorsqu'ils ont utilisé le chien en l'espèce. Le ministère public doit aussi établir que les pouvoirs ont été exercés d'une manière qui respectait la norme de ce qui est raisonnablement nécessaire eu égard à l'ensemble des circonstances.

[184] The objective being pursued by the police was an important one, because trafficking in illegal drugs is a serious criminal offence. As has already been mentioned, the offence in issue in this case carries a maximum punishment of life imprisonment. Drug trafficking leads to other crimes. Illegal hard drugs such as cocaine are widely recognized to be a serious problem in our society. Their use not only fuels organized crime, but can also destroy lives. The police have determined that public transportation is one of the conduits through which illegal drugs pass in Canada, so they have taken proactive steps to intercept them and, where appropriate, to prosecute the drug couriers who facilitate the movement of these substances: see also *R. v. Truong* (2002), 168 C.C.C. (3d) 132, 2002 BCCA 315 (use of a sniffer dog in an airport as part of Operation Jetway). By directing their law enforcement efforts at bus, train and air travel — and not just at one or two of these modes of travel — the police have embarked on a comprehensive program which appears to be designed to ensure that none of these means of transportation becomes more attractive than another for drug traffickers.

[185] The method employed by the police officers in the case at bar was to use a well-trained and highly accurate sniffer dog as an investigative tool in furtherance of their law enforcement duties. The officer in charge of the Operation Jetway team on the day in question was experienced and well trained. The trial judge found that Sergeant MacPhee had acted properly at all times while observing, questioning and investigating the appellant. Other officers became involved only once Sergeant MacPhee entertained reasonable suspicions. This demonstrates a prudent progression in the investigation towards the eventual use of the dog, as opposed to a casual or cavalier attitude to using it.

[186] Regarding the scope of the interference with the appellant's privacy interest, the dog could not have been less intrusive — she merely sat down immediately upon entering the foyer to indicate the presence of a controlled substance. The subsequent physical search of the appellant's bag by the officers

[184] L'objectif visé par les policiers était important du fait que le trafic de drogues illicites est une infraction criminelle grave. Comme je l'ai déjà mentionné, l'infraction dont il est question en l'espèce est punissable d'une peine maximale d'emprisonnement à vie. Le trafic des stupéfiants mène à d'autres crimes. Il est largement reconnu que les drogues dures illicites comme la cocaïne constituent un problème grave dans notre société. En plus d'alimenter le crime organisé, la consommation de ces drogues peut détruire des vies. La police a déterminé que le transport public est l'un des moyens utilisés pour faire passer des drogues illicites au Canada, et elle a donc pris des mesures proactives destinées à intercepter ces substances et, s'il y a lieu, à poursuivre les passeurs de drogue qui en facilitent la circulation : voir également *R. c. Truong* (2002), 168 C.C.C. (3d) 132, 2002 BCCA 315 (utilisation d'un chien renifleur dans un aéroport dans le cadre de l'opération Jetway). En ciblant les autobus, les trains et le secteur du transport aérien — et non seulement une ou deux de ces façons de voyager —, les policiers ont mis en place un vaste programme qui paraît avoir pour but d'empêcher que l'un de ces moyens de transport devienne plus attrayant que les autres aux yeux des trafiquants de drogue.

[185] Dans la présente affaire, les policiers ont choisi d'utiliser un chien renifleur bien dressé et très fiable comme outil d'enquête en exerçant leurs fonctions liées à l'application de la loi. Le policier qui, le jour en question, était responsable de l'équipe de l'opération Jetway était expérimenté et qualifié. La juge du procès a conclu que le sergent MacPhee avait toujours agi correctement en observant et questionnant l'appelant et en enquêtant sur lui. Ce n'est que lorsque le sergent MacPhee a eu des soupçons raisonnables que d'autres policiers sont intervenus. Cela démontre que le recours subséquent au chien est le résultat d'une évolution prudente de l'enquête et non d'une attitude désinvolte ou cavalière.

[186] Quant à l'étendue de l'atteinte au droit de l'appelant à la vie privée, le chien n'aurait pas pu agir de façon moins envahissante : dès son entrée dans le vestibule, il s'est simplement mis en position assise pour indiquer la présence d'une substance réglementée. La fouille du sac de l'appelant à laquelle les policiers

could not have taken place were it not for the dog's positive indication of the presence of narcotics.

[187] The trial judge found that the police had a reasonable suspicion that justified their use of the dog. The observation and questioning of the appellant by the police resulted in "objectively discernible facts" that, in combination, aroused a reasonable suspicion that he was in possession of a controlled substance (para. 54). The facts that Sergeant MacPhee observed before speaking to the appellant are summarized by the trial judge as follows (at para. 27):

(a) the original "elongated" eye contact between Sergeant MacPhee and the appellant as the appellant disembarked from the bus;

(b) the unusual route the appellant took around the bus;

(c) the fact that the appellant positioned himself behind Sergeant MacPhee for no apparent reason;

(d) the way the appellant carried his bag over his shoulder;

(e) the absence of identification tags on the appellant's bag;

(f) the way the appellant stopped and turned to make eye contact with Sergeant MacPhee on his way to the washroom;

(g) the appellant's "elongated" eye contact with Sergeant MacPhee after leaving the washroom; and

(h) the way the appellant stopped and turned before going through the terminal's exit doors.

The discussion between the appellant and Sergeant MacPhee further raised the officer's suspicions, including the appellant's admission that he had purchased his ticket at the last minute and his increasingly suspicious behaviour as drug trafficking was discussed — he became "antsy", fidgety, inattentive and irritated, and his behaviour progressed

ont ensuite procédé n'aurait pas pu avoir lieu si le chien n'avait pas signalé la présence de stupéfiants.

[187] La juge du procès a conclu que les policiers avaient des soupçons raisonnables qui justifiaient leur utilisation du chien. En observant et en questionnant l'appelant, les policiers ont relevé des [TRADUCTION] « faits objectivement discernables » qui, pris ensemble, ont fait naître des soupçons raisonnables qu'il était en possession d'une substance réglementée (par. 54). La juge du procès résume ainsi les faits que le sergent MacPhee a relevés avant de parler à l'appelant (par. 27) :

a) le long regard initial que le sergent MacPhee et l'appelant ont échangé au moment où ce dernier descendait de l'autobus;

b) la façon inhabituelle dont l'appelant a fait le tour de l'autobus;

c) le fait que l'appelant se soit placé derrière le sergent MacPhee sans raison apparente;

d) la manière dont l'appelant transportait son sac sur son épaule;

e) l'absence d'étiquette d'identification sur le sac de l'appelant;

f) le fait que l'appelant se soit immobilisé et se soit retourné pour échanger un regard avec le sergent MacPhee lorsqu'il se dirigeait vers les toilettes;

g) le long regard que le sergent MacPhee et l'appelant ont échangé après que l'appelant eut quitté les toilettes;

h) le fait que l'appelant se soit immobilisé et se soit retourné juste devant les portes de sortie de la gare.

La discussion entre l'appelant et le sergent MacPhee a augmenté les soupçons du policier, notamment lorsque l'appelant a reconnu avoir acheté son billet à la dernière minute et que son comportement est devenu de plus en plus suspect au fur et à mesure qu'ils parlaient de trafic de stupéfiants — il est devenu « nerveux », agité, distrait, irrité et progressivement

towards panic as Sergeant MacPhee approached his bag. Because Romaine J. properly considered the foregoing evidence in light of the totality of the circumstances, her findings of fact are entitled to deference. Taking a global view of the facts, she concluded (at para. 55):

> Most of the facts listed are specific to Mr. Kang-Brown and not merely behaviour that could be said to be common to any traveller. Some of them, such as the "elongated stare", may be of little weight on their own, but, as a group, they serve to give Sergeant MacPhee the requisite reasonable suspicion necessary to justify an investigative detention. The observations were made by an experienced and trained officer, and had nothing of an impermissible discriminatory nature that could taint them. [Emphasis added.]

[188] This raises an important legal question in this appeal: What grounds were required before the police were reasonably justified in using their sniffer dog in the instant case?

[189] Given that I have found that the appellant had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8, it would not have been reasonable for the police to use a sniffer dog to check his bag if they had no grounds for doing so. The police were investigating the trafficking of illegal drugs. Although the trafficking of illegal drugs via public transportation is a serious problem, no evidence was adduced in this case that would support the random use of a sniffer dog to check the luggage of all bus travellers. As we have seen, however, the police had grounds for using the dog. Were these grounds sufficient in the circumstances of this case?

[190] *Hunter v. Southam* (at pp. 159-60) requires that the privacy interests of individuals be balanced against societal interests. The question we must answer is whether it was reasonably necessary in light of the totality of the circumstances of this case to adopt the highest standard.

[191] The intermediate standard has been applied not only in exigent circumstances, as in *Mann* and

affolé lorsque le sergent MacPhee s'est approché de son sac. Parce que la juge Romaine a considéré à bon droit la preuve qui précède en fonction de l'ensemble des circonstances, ses conclusions de fait commandent la déférence. Prenant les faits de façon globale, elle a conclu (par. 55) :

> [TRADUCTION] Les faits énumérés concernent, pour la plupart, M. Kang-Brown et non simplement un comportement susceptible d'être qualifié de commun à tous les voyageurs. Certains de ces faits, comme le « long regard », peuvent avoir peu de poids lorsqu'ils sont pris individuellement, mais collectivement, ils contribuent à susciter chez le sergent MacPhee les soupçons raisonnables requis pour justifier une détention aux fins d'enquête. Les observations émanaient d'un policier expérimenté et qualifié, et n'avaient aucunement une nature discriminatoire inacceptable susceptible de les ternir. [Je souligne.]

[188] Cela soulève une importante question juridique dans le présent pourvoi : Quels motifs devaient avoir les policiers pour être raisonnablement justifiés d'utiliser leur chien renifleur en l'espèce?

[189] Étant donné que j'ai conclu que l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l'art. 8, il n'aurait pas été raisonnable que les policiers utilisent un chien renifleur pour vérifier son sac s'ils n'avaient eu aucun motif de le faire. Les policiers enquêtaient sur le trafic de drogues illicites. Bien que le trafic de drogues illicites au moyen des transports publics soit un problème grave, on n'a produit en l'espèce aucune preuve qui justifierait l'utilisation au hasard d'un chien renifleur pour vérifier les bagages de toutes les personnes qui voyagent en autobus. Toutefois, comme nous l'avons vu, les policiers avaient des motifs d'utiliser le chien en question. Ces motifs étaient-ils suffisants dans les circonstances de la présente affaire?

[190] Selon l'arrêt *Hunter c. Southam* (p. 159-160), le droit à la vie privée des individus doit être soupesé en fonction des intérêts de la société. La question à laquelle nous devons répondre est de savoir si, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, il était raisonnablement nécessaire d'adopter la norme la plus stricte.

[191] La norme intermédiaire a été appliquée non seulement dans des situations d'urgence comme

Clayton, but also where, as in *Dedman*, a lower expectation of privacy is combined with the need to combat serious social problems. In the case at bar, in my view, not only did the appellant have a lower expectation of privacy in the face of a serious social problem, but a number of safeguards were in place that limited the intrusiveness of the use of the sniffer dog. The dog in this case was used in a public place, as opposed to a private residence or a workplace. It could only detect drugs that were identified as posing serious problems. The officers concerned were well trained and experienced, and rather than using the dog routinely or randomly, they used it as a last resort in a progressive investigation that the trial judge found to be completely proper. Armed with a reasonable suspicion, the police used the dog as a minimally intrusive investigative tool. Furthermore, they would not have been able to obtain a warrant, as the appellant's behaviour suggested that he was growing increasingly nervous and was preparing to exit the terminal. In these circumstances, the reasonable suspicion standard constitutes a reasonably necessary, and therefore justifiable, use of police powers because it strikes an appropriate balance between the appellant's reasonable privacy interest and society's interest in interdicting illicit substances carried on public transportation.

[192] The use of sniffer dogs as a law enforcement tool would be neutralized were this Court to require reasonable grounds to believe that evidence of an offence will be discovered before finding their use constitutional. If police officers already have reasonable grounds, they will, *ipso facto*, be engaged in activities that are more intrusive than the use of a sniffer dog, and the only way a sniffer dog might then be useful would be as a means to expedite the search. See K. L. Pollack, "Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime: Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard" (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803, at p. 805. Therefore, although a "mere

dans les affaires *Mann* et *Clayton*, mais également lorsque l'attente en matière de vie privée est moindre et qu'il est nécessaire de s'attaquer à des problèmes sociaux graves, comme c'était le cas dans l'affaire *Dedman*. J'estime qu'en l'espèce l'appelant avait non seulement une attente moindre en matière de vie privée face à un grave problème social, mais encore qu'il existait un certain nombre de garanties qui limitaient le caractère envahissant de l'utilisation du chien renifleur. En l'espèce, le chien a été utilisé dans un lieu public plutôt que dans une résidence privée ou dans un lieu de travail. Il ne pouvait détecter que les drogues reconnues comme posant de graves problèmes. Les policiers en cause étaient qualifiés et expérimentés, et au lieu d'utiliser le chien de manière systématique ou au hasard, ils y recouraient en dernier ressort dans le cadre d'une enquête progressive tout à fait adéquate, selon la juge du procès. Les policiers, qui avaient des soupçons raisonnables, ont eu recours au chien en tant qu'outil d'enquête impliquant une atteinte minime. De plus, ils n'auraient pas été en mesure d'obtenir un mandat étant donné qu'il ressortait du comportement de l'appelant que celui-ci devenait de plus en plus nerveux et qu'il se préparait à sortir de la gare. Dans ces circonstances, l'application de la norme des soupçons raisonnables constitue un exercice de pouvoirs policiers raisonnablement nécessaire et donc justifiable du fait qu'il permet d'établir un juste équilibre entre le droit raisonnable de l'appelant à la vie privée et l'intérêt qu'a la société à empêcher que les transports publics servent au trafic de substances illicites.

[192] Les chiens renifleurs deviendraient un outil inefficace pour appliquer la loi si notre Cour devait exiger qu'il y ait des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts pour que l'utilisation de ces chiens soit conforme à la Constitution. Si les policiers ont déjà des motifs raisonnables, ils exerceront par le fait même des activités plus envahissantes que l'utilisation d'un chien renifleur, et la seule utilité que pourrait alors avoir un chien renifleur serait d'accélérer la fouille ou perquisition. Voir K. L. Pollack, « Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime : Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion

hunch" will never be sufficient for the purposes of the reasonable suspicion standard, courts must not, in assessing the grounds, be so demanding that this standard becomes a reincarnation of the reasonable grounds to believe standard.

[193] In the United States, numerous state courts have adopted the reasonable suspicion standard for sniffer-dog searches: see, e.g., *People v. Dunn*, 564 N.E.2d 1054 (N.Y. Ct. App. 1990), at p. 1058; *State v. Pellicci*, 580 A.2d 710 (N.H. Sup. Ct. 1990), at pp. 716-17; *McGahan v. State*, 807 P.2d 506 (Alaska Ct. App. 1991), at pp. 510-11; *Commonwealth v. Johnston*, 530 A.2d 74 (Pa. Super. Ct. 1987), at pp. 79-80; W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (4th ed. 2004), vol. 1, § 2.2(g), fn. 431 (citing other state decisions in which the reasonable suspicion standard was adopted for sniffer-dog searches). See also *United States v. Place*, at p. 723, *per* Blackmun J. (Marshall J. concurring).

[194] In the case at bar, because the police had a reasonable suspicion that narcotics would be discovered, I find that they were justified in using a sniffer dog to check the appellant's bag.

3.3.2.2 *Evaluation of the Manner in Which the Sniffer-Dog Search Was Conducted*

[195] Having found that the search in this case was justified on the basis of the reasonable suspicion standard and that the police had a reasonable suspicion, I must now determine whether the search was conducted in a reasonable manner.

[196] The police did not, in the context of Operation Jetway, use sniffer dogs randomly at the bus terminal where the appellant was searched. First, they had obtained the permission of the terminal's management to do so. Second, it is after

Standard » (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803, p. 805. Par conséquent, même si une « simple intuition » ne sera jamais suffisante pour les besoins de la norme des soupçons raisonnables, les tribunaux ne doivent pas, dans leur évaluation des motifs, être exigeants au point de faire de cette norme une réincarnation de la norme des motifs raisonnables de croire.

[193] Aux États-Unis, de nombreux tribunaux des États ont appliqué la norme des soupçons raisonnables aux fouilles ou perquisitions effectuées à l'aide d'un chien renifleur : voir, par exemple, *People c. Dunn*, 564 N.E.2d 1054 (N.Y. Ct. App. 1990), p. 1058; *State c. Pellicci*, 580 A.2d 710 (N.H. Sup. Ct. 1990), p. 716-717; *McGahan c. State*, 807 P.2d 506 (Alaska Ct. App. 1991), p. 510-511; *Commonwealth c. Johnston*, 530 A.2d 74 (Pa. Super. Ct. 1987), p. 79-80; W. R. LaFave, *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment* (4e éd. 2004), vol. 1, §2.2g), note en bas de page 431 (où l'on cite d'autres décisions de tribunaux des États dans lesquelles la norme des soupçons raisonnables a été appliquée à des fouilles ou perquisitions effectuées à l'aide d'un chien renifleur). Voir également l'arrêt *United States c. Place*, p. 723, le juge Blackmun (avec l'appui du juge Marshall).

[194] En l'espèce, puisque les policiers avaient des soupçons raisonnables que des stupéfiants seraient découverts, je conclus qu'ils étaient justifiés d'utiliser un chien renifleur pour vérifier le sac de l'appelant.

3.3.2.2 *Évaluation de la manière dont la fouille à l'aide d'un chien renifleur a été effectuée*

[195] Après avoir conclu qu'en l'espèce la fouille était justifiée selon la norme des soupçons raisonnables et que les policiers avaient de tels soupçons, je dois maintenant déterminer si la fouille a été effectuée d'une manière non abusive.

[196] Dans le cadre de l'opération Jetway, les policiers n'utilisaient pas des chiens renifleurs au hasard à la gare d'autobus où l'appelant a été fouillé. Ils avaient plutôt été autorisés à le faire par la direction de la gare; de plus, ce n'est qu'après

having observed the appellant in this public place that the police determined that he was a person of interest. The trial judge found their questioning of the appellant to be entirely appropriate. Only after Sergeant MacPhee's reasonable suspicion was sufficiently aroused did he signal for the sniffer dog to approach.

[197] In this case, the dog could not have been more passive or less intrusive in her work. All she did to give a positive indication of the presence of narcotics was to sit down. I therefore have no difficulty in concluding, based on the record, that the sniffer-dog search was conducted in a reasonable manner.

[198] As in the case considered by Fish J.A. (as he then was) in *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197 (Que. C.A.), in light of the totality of the circumstances, the police in the case at bar made limited and prudent use of a law enforcement tool that was available to them. This demonstrates that potentially valuable police tools such as roadblocks (as in *Murray*) and sniffer dogs (as in this case) can be restricted to constitutionally valid uses. A ban is not warranted.

[199] Accordingly, it is my view that the use of the sniffer dog in this case was a justifiable use of police powers associated with investigating and preventing drug trafficking at a public bus terminal, and was in full compliance with s. 8 of the *Charter.*

3.3.2.3 *Subsequent Physical Search of the Appellant's Bag*

[200] It is clear from the evidence of the high accuracy rate of the dog in question that its positive indication of the presence of narcotics provided the police with reasonable grounds to arrest the appellant and to search his bag by hand in a search incidental to arrest. Therefore, the appellant's s. 8 rights were not infringed in this case.

avoir observé l'appelant dans ce lieu public que les policiers ont jugé que ce dernier présentait un intérêt. La juge du procès a estimé que leur interrogatoire de l'appelant était tout à fait approprié. Ce n'est qu'après qu'il a eu suffisamment de soupçons raisonnables que le sergent MacPhee a fait signe d'amener le chien renifleur.

[197] Dans la présente affaire, le chien n'aurait pas pu faire son travail de façon plus passive ou moins envahissante. Pour indiquer la présence de stupéfiants, il se mettait simplement en position assise. Je n'ai donc aucune hésitation à conclure, sur le fondement du dossier, que la fouille à l'aide du chien renifleur a été effectuée d'une manière non abusive.

[198] Comme dans l'affaire *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197 (C.A. Qué.), examinée par le juge Fish (maintenant juge de notre Cour), les policiers en l'espèce ont, compte tenu de l'ensemble des circonstances, fait un usage limité et prudent d'un outil d'application de la loi dont ils disposaient. Cela démontre qu'il est possible d'exiger que des mesures susceptibles d'être très utiles aux policiers — tels les barrages routiers (comme dans l'affaire *Murray*) et les chiens renifleurs (comme en l'espèce) — ne soient prises que d'une manière conforme à la Constitution. Une interdiction n'est pas justifiée.

[199] Je suis donc d'avis qu'en l'espèce l'utilisation du chien renifleur constituait un exercice justifiable des pouvoirs policiers liés à la fonction d'enquête et de prévention du trafic de stupéfiants dans une gare d'autobus et qu'elle était tout à fait conforme à l'art. 8 de la *Charte.*

3.3.2.3 *Fouille subséquente du sac de l'appelant*

[200] Il ressort de la preuve du taux de fiabilité élevé du chien en question que le fait qu'il a indiqué la présence de stupéfiants a donné aux policiers des motifs raisonnables d'arrêter l'appelant et de fouiller manuellement son sac dans le cadre d'une fouille accessoire à son arrestation. Par conséquent, les droits que l'art. 8 garantit à l'appelant n'ont pas été violés en l'espèce.

3.3.2.4 *Additional Comments*

[201] I have had the benefit of reading the reasons of Binnie J., which invite the following comments.

[202] First, in determining whether the police in the instant case had the reasonable suspicion they needed to search the suspect, he deconstructs the evidence in microscopic detail, piece by piece and stage by stage. Breaking the conduct of the police down by stages to determine whether each piece of evidence is relevant or probative instead of considering the evidence as a whole as it naturally unfolded results in an artificial analysis. In my view, this recasting of the facts neither accurately nor fairly reflects the totality of the facts and circumstances confronted by the police in this case.

[203] Second, by deconstructing the evidence through an artificial stage-by-stage analysis, Binnie J. intervenes not only in the trial judge's legal approach, but also in her findings of fact: see in particular the comment quoted above from para. 55 of Romaine J.'s reasons. Binnie J. offers no justification for either his reinterpretation of the evidence adduced at trial or his direct contradiction of Romaine J.'s findings of fact. In my view, deconstructing the evidence in this way is improper.

[204] Moreover, the mention, at para. 81 of Justice Binnie's reasons, that the dog "'alerted' to the appellant as he alighted" is problematic for two reasons: first, it is not properly before this Court (Sergeant MacPhee testified that he did not recall being made aware of this fact, and the trial judge made no finding on the matter) and, second, it amounts to a veiled attempt both to impugn the conduct of the police officers in this case and to criticize Operation Jetway in its entirety. This exceeds the scope of this Court's jurisdiction in the instant case.

[205] Finally, the stage-by-stage reinterpretation — and ultimate rejection — of the evidence in

3.3.2.4 *Commentaires additionnels*

[201] J'ai pris connaissance des motifs du juge Binnie, ce qui m'incite à faire les commentaires suivants.

[202] Premièrement, pour déterminer si, en l'espèce, les policiers avaient les soupçons raisonnables requis pour fouiller le suspect, il déconstruit la preuve pour la réduire en pièces microscopiques et il en analyse individuellement chaque élément et chaque étape. Le fait de diviser par étapes le comportement des policiers pour décider si chaque élément de preuve est pertinent ou probant, au lieu d'examiner l'ensemble de la preuve au fur et à mesure qu'elle s'est formée naturellement, rend l'analyse artificielle. J'estime que ce remaniement des faits ne reflète ni exactement ni équitablement l'ensemble des faits et des circonstances auquel les policiers faisaient face en l'espèce.

[203] Deuxièmement, en déconstruisant la preuve au moyen d'une analyse artificielle de chaque étape, le juge Binnie modifie non seulement l'approche juridique de la juge du procès, mais encore ses conclusions de fait : voir notamment le commentaire précité tiré du par. 55 des motifs de la juge Romaine. Le juge Binnie ne fournit aucune justification de sa réinterprétation de la preuve présentée au procès ni de sa contradiction directe des conclusions de fait de la juge Romaine. J'estime qu'il ne convient pas de déconstruire ainsi la preuve.

[204] De plus, l'allégation, mentionnée au par. 81 des motifs du juge Binnie, que le chien « a "éveillé l'attention" sur l'appelant au moment où il descendait » est problématique pour deux raisons : premièrement, elle est irrecevable devant notre Cour (le sergent MacPhee ayant témoigné qu'il ne se souvenait pas d'avoir pris connaissance de ce fait, et la juge du procès n'ayant tiré aucune conclusion à cet égard) et, deuxièmement, elle constitue une tentative dissimulée de jeter le doute sur le comportement des policiers en l'espèce et de critiquer l'ensemble de l'opération Jetway. Cela outrepasse la compétence de notre Cour en l'espèce.

[205] Enfin, la réinterprétation étape par étape — et le rejet en fin de compte — de la preuve soumise

this case implies that the evidentiary requirements for meeting the reasonable suspicion standard are so high that this standard is equivalent to that of reasonable grounds to believe, and is accordingly redundant. Not only does this conflation of legal standards do little to clarify the law, but its effect promises to be that the police will have even less certainty regarding the proper use of sniffer dogs. I cannot imagine a fact situation that would, on Binnie J.'s analysis, while satisfying the evidentiary requirements for reasonable suspicion, fail to satisfy the requirements for reasonable grounds to believe. Consequently, the inevitable implication of his approach is to tilt the balance between individual and societal interests in favour of individuals regardless of whether doing so is justifiable.

en l'espèce laisse entendre que les exigences en matière de preuve auxquelles il faut satisfaire pour respecter la norme des soupçons raisonnables sont si élevées que cette norme équivaut à celle des motifs raisonnables de croire et est donc redondante. Non seulement cette fusion de normes juridiques contribue peu à clarifier le droit, mais encore elle permet de croire que les policiers seront alors encore moins certains de l'utilisation qu'ils peuvent faire des chiens renifleurs. Je ne vois pas quels faits pourraient, selon l'analyse du juge Binnie, satisfaire à la norme des soupçons raisonnables et, en même temps, ne pas satisfaire à celle des motifs raisonnables de croire. Son approche a donc pour conséquence inévitable de créer, entre les intérêts des individus et ceux de la société, un déséquilibre en faveur des individus peu importe que ce soit justifiable ou non.

3.4 *Application of Section 24(2)*

[206] It is not necessary to consider excluding the evidence under s. 24(2) of the *Charter*, since no infringement of a *Charter* right has been established.

3.4 *Application du par. 24(2)*

[206] Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, d'examiner la question de l'exclusion de la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, étant donné que l'existence d'une violation d'un droit garanti par la *Charte* n'a pas été établie.

4. Disposition

[207] The police depend on sniffer dogs to detect explosives at airports, drugs in public places and fugitives from justice. They cannot be expected to succeed in discharging their duty to prevent crimes as serious as the ones involved in such situations without the assistance of investigative tools like sniffer dogs. Drug traffickers have shown that there are no limits to their imagination when it comes to concealing hard drugs, whose odours are often imperceptible to humans, and then spiriting them across international borders and across the country. One of the most effective tools for detecting such substances is the sniffer dog, and this is why sniffer dogs have been used, and used successfully, for decades in this country. However, as I stated at the outset of these reasons, the effectiveness of a law enforcement tool is only one of many factors to be considered in determining whether its use is constitutional. It is this Court's responsibility to

4. Dispositif

[207] Les policiers ont besoin des chiens renifleurs pour détecter les explosifs dans les aéroports et les drogues dans les endroits publics, de même que pour trouver les personnes qui fuient la justice. On ne peut s'attendre à ce qu'ils réussissent à s'acquitter de leur devoir de prévenir des crimes graves comme ceux dont il est question dans ces cas sans utiliser des outils d'enquête comme les chiens renifleurs. Les trafiquants de drogue ont démontré que leur imagination ne connaît pas de limites lorsqu'il s'agit de dissimuler des drogues dures, dont les odeurs sont souvent imperceptibles aux humains, pour les faire passer en contrebande et les faire circuler à travers le pays. Le chien renifleur est l'un des outils les plus efficaces pour détecter ces substances, et c'est pour cette raison qu'il est utilisé — et ce, avec succès — depuis des décennies dans notre pays. Toutefois, comme je l'ai fait remarquer au début des présents motifs, l'efficacité d'un outil

provide guidance on the permissible uses of such tools in particular contexts and circumstances.

[208] Where, as in the instant case, a common law police power is in issue, this Court is responsible for providing guidance to the lower courts and the police on the lawful uses of tools such as sniffer dogs. Parliament may choose at any time to enact legislation to more precisely delimit the valid uses of sniffer dogs. Any such legislation would, in the event that the matter was brought before this Court, be subject to review by the Court to ensure that it is consistent with the *Charter*. However, in the intervening time — months, and likely years —, the police need legal guidance on the permissible uses of sniffer dogs. For the Court to decline to provide such guidance at this time entails grave risks. On the one hand, if there is excessive ambiguity concerning the permissible use of sniffer dogs, law enforcement authorities may take an overly cautious approach by failing to employ sniffer dogs where their use would be critically important and constitutionally valid. On the other hand, an overly aggressive use of sniffer dogs risks infringing the constitutionally protected privacy interests of an unknown, and potentially unlimited, number of individuals.

[209] Sniffer dogs have many uses in many different contexts. In each case, it is first necessary to determine whether the accused had a reasonable expectation of privacy in light of the totality of the circumstances. If the accused had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*, the court must then determine, based on the *Waterfield* test, what grounds were required for the use of the dog to be authorized. If the standard is met, then the final requirement under s. 8 is that the dog be used in a reasonable manner.

d'application de la loi n'est que l'un des nombreux facteurs qui doivent être considérés pour déterminer la constitutionnalité de son utilisation. Il incombe à notre Cour de donner des indications sur les usages qui peuvent être faits de tels outils dans certains contextes et circonstances.

[208] Lorsque, comme en l'espèce, il est question d'un pouvoir policier conféré par la common law, il incombe à notre Cour de donner aux tribunaux d'instance inférieure et aux policiers des indications sur les utilisations légitimes qui peuvent être faites d'outils comme les chiens renifleurs. Le législateur peut en tout temps choisir d'adopter une mesure législative destinée à délimiter plus précisément les utilisations qui peuvent être faites des chiens renifleurs. Si une telle mesure était soumise à l'appréciation de notre Cour, elle ferait alors l'objet d'un contrôle destiné à en assurer la conformité à la *Charte*. Toutefois, d'ici là au cours des mois et probablement des années qui vont suivre, les policiers ont besoin de repères juridiques sur les utilisations acceptables des chiens renifleurs. Le refus de la Cour de fournir maintenant de tels repères comporterait de graves risques. D'une part, s'il y a trop d'ambiguïté au sujet de l'utilisation acceptable des chiens renifleurs, les autorités chargées d'appliquer la loi risqueront de faire montre de prudence excessive en omettant de recourir à ces chiens dans des cas où leur utilisation aurait une importance cruciale et serait conforme à la Constitution. D'autre part, le recours trop agressif à des chiens renifleurs risque de porter atteinte aux droits constitutionnels à la vie privée d'un nombre indéterminé et potentiellement illimité d'individus.

[209] Les chiens renifleurs sont utilisés de maintes façons dans de nombreux contextes différents. Dans chaque cas, il est d'abord nécessaire de déterminer si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée eu égard à l'ensemble des circonstances. Si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l'art. 8 de la *Charte*, le tribunal doit alors déterminer, selon la grille d'analyse de *Waterfield*, quels motifs étaient requis pour que l'utilisation du chien soit permise. Si la norme est respectée, l'art. 8 exige enfin que le chien soit utilisé de manière non abusive.

[210] In the circumstances of this case, I have found that the appellant had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*. I have concluded that the standard to be met by the police was a reasonable suspicion that evidence of an offence would be discovered. Given that the police had a reasonable suspicion that such evidence would be discovered, and given that the search was conducted in a reasonable manner, I conclude that s. 8 of the *Charter* was not infringed.

[211] Because I have found that the appellant's right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search or seizure was not infringed in the circumstances of this case, I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

The following are the reasons delivered by

[212] BASTARACHE J. (dissenting) — The appellant, Gurmakh Kang-Brown, has been found guilty of possession of heroin and possession of cocaine for the purpose of trafficking. The illicit drugs were discovered after Kang-Brown's bag was sniffed by a police dog trained in drug identification at a bus terminal in Calgary. The issue raised before this Court is whether the dog sniff constituted an unreasonable search under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether the drugs discovered pursuant to that search ought to have been excluded as evidence at Kang-Brown's trial.

[213] I have read the respective reasons of my colleagues Binnie, LeBel and Deschamps JJ. and, with respect, I cannot agree with any of them on both this appeal and the accompanying case of *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19. In my view, the important role that sniffer dogs play in the prevention and deterrence of crime must be considered when assessing appropriate use of these animals by law enforcement officers. Although it

[210] Dans les circonstances de la présente affaire, j'ai conclu que l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l'art. 8 de la *Charte*. J'ai estimé que la norme à laquelle devaient satisfaire les policiers était celle des soupçons raisonnables que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seraient découverts. Étant donné que les policiers avaient des soupçons raisonnables que de tels éléments de preuve seraient découverts et que la fouille a été effectuée d'une manière non abusive, je conclus qu'il n'y pas eu de violation de l'art. 8 de la *Charte*.

[211] Étant donné que j'ai conclu que, dans les circonstances de la présente affaire, il n'y a pas eu d'atteinte au droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

[212] LE JUGE BASTARACHE (dissident) — L'appelant, M. Gurmakh Kang-Brown, a été reconnu coupable de possession d'héroïne et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Ces drogues illicites ont été découvertes après qu'un chien policier dressé à détecter des drogues ait reniflé le sac de M. Kang-Brown dans une gare d'autobus de Calgary. En l'espèce, notre Cour est appelée à décider si l'intervention du chien renifleur constituait une fouille abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si les drogues découvertes grâce à cette fouille auraient dû être écartées de la preuve au procès de M. Kang-Brown.

[213] J'ai lu les motifs respectifs de mes collègues les juges Binnie, LeBel et Deschamps dans le présent pourvoi et dans le pourvoi connexe *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19, mais, en toute déférence, je ne puis y souscrire. Il faut, selon moi, tenir compte du rôle important que les chiens renifleurs jouent en matière de prévention et de dissuasion du crime lorsqu'il s'agit d'évaluer l'utilisation que peuvent en faire les policiers. Bien qu'il

is preferable that Parliament provide some specific rules respecting when and how sniffer dogs ought to be employed by police, the absence of legislative direction on this issue makes it necessary for common law principles relating to search and seizure to be applied by the courts. I agree with Binnie and Deschamps JJ. that the common law allows use of sniffer dogs where there is a reasonable suspicion of illegal activity involving drugs.

[214] In my view, however, it is sufficient, under certain conditions, in the context of both public bus terminals and schools, that this reasonable suspicion be of a generalized nature. Thus, where reasonably informed passengers and students would be aware that they may be subject to a sniffer-dog search while on the relevant premises, it is not necessary that police have a reasonable suspicion relating to a specific individual in order for the use of sniffer dogs to be permissible. Allowing dogs to be used, in some circumstances, as part of a random and comprehensive search ensures that inappropriate profiling and targeting does not occur in order to justify individualized suspicion and recognizes the significant role sniffer dogs can have at preventing and deterring drug trafficking. This kind of search is consistent with s. 8 of the *Charter* in some locations, including in airports, public bus and train depots, and in schools.

[215] In my view, the search in this case did not infringe the appellant's *Charter* right against unreasonable search and seizure. Despite the fact that Kang-Brown did have a reasonable expectation of privacy in his luggage, the police proceeded after they had established a reasonable suspicion that he was carrying illicit substances. Although the police in this case based their search on individualized suspicion, it would have been equally permissible for them to use sniffer dogs to search the luggage of *all* of the passengers at the Greyhound station that day, providing that (a) the police had a reasonable suspicion that drug activity might be occurring at

soit préférable que le législateur établisse des règles particulières sur la question de savoir quand et comment les policiers devraient recourir aux chiens renifleurs, il faut, en l'absence de telles directives de la part du législateur, que les tribunaux appliquent les principes de common law en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies. Je conviens avec les juges Binnie et Deschamps que la common law permet le recours aux chiens renifleurs lorsqu'il y a des soupçons raisonnables qu'une activité illégale liée à des drogues est exercée.

[214] Toutefois, j'estime que, dans le contexte des gares d'autobus et des écoles, il suffit, sous réserve de certaines conditions, que les soupçons raisonnables soient de nature générale. Donc, dans le cas où des passagers ou des élèves raisonnablement bien informés sauraient qu'ils risquent de faire l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur lorsqu'ils se trouvent aux endroits pertinents, il n'est pas nécessaire que les policiers aient des soupçons raisonnables au sujet d'un individu particulier pour que leur recours à des chiens renifleurs soit acceptable. En permettant dans certains cas que des chiens soient utilisés dans le cadre d'une fouille générale effectuée au hasard, on évite le profilage et le ciblage inappropriés qui ont pour but de justifier des soupçons précis, et on reconnaît l'important rôle de prévention et de dissuasion que les chiens renifleurs peuvent jouer en matière de trafic de stupéfiants. Une fouille de cette nature est conforme à l'art. 8 de la *Charte* lorsqu'elle est effectuée à certains endroits comme les aéroports, les gares d'autobus, les gares ferroviaires et les écoles.

[215] À mon avis, la fouille en l'espèce n'a pas porté atteinte au droit que la *Charte* garantit à l'appelant contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Même si M. Kang-Brown avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de ses bagages, les policiers ont agi après avoir eu des soupçons raisonnables qu'il transportait des substances illicites. Bien qu'en l'espèce les policiers aient effectué la fouille sur la foi de soupçons précis, ils auraient tout aussi bien pu utiliser des chiens renifleurs pour fouiller les bagages de *tous* les passagers se trouvant dans la gare Greyhound ce jour-là, pourvu a) qu'ils aient eu des soupçons

the terminal; and (b) reasonably informed passengers were aware of the fact that their baggage may be subject to a sniffer-dog search.

[216] The search against the appellant was reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*, and the evidence was thus correctly admitted by the trial judge. I would therefore dismiss his appeal from conviction.

I. Facts

[217] The specific facts of this case are outlined in detail in the decision of the trial judge ((2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608, at paras. 2-30), and I will not repeat them in their entirety here. For the purposes of these reasons, it is sufficient to note that the appellant was spotted by an undercover RCMP officer as he disembarked a Greyhound bus at the Calgary bus terminal. After the appellant and the officer locked eyes on several occasions, Kang-Brown was approached. The officer identified himself as a member of the RCMP and told Kang-Brown that he was free to leave at any time. When Kang-Brown refused to allow the officer to search his bag after a request to do so, a second officer approached with a dog trained to detect drugs. The dog sniffed the bag and signalled to his handler that drugs were present. Kang-Brown was subsequently arrested and the bag searched, revealing 17 ounces of cocaine. The appellant was also carrying a small mint container containing heroine, which he gave to the officers upon arrest.

[218] The officers in this case were operating as part of the Jetway project. Jetway is a national RCMP initiative that involves undercover officers monitoring travellers in airports and bus and train stations in order to identify and arrest those carrying drugs, explosives, weapons, or other contraband. The program was established in 1997 and trains officers to identify individuals exhibiting

raisonnables qu'une activité liée à la drogue pouvait avoir lieu dans la gare, et b) que des passagers raisonnablement bien informés aient su que leurs bagages pouvaient faire l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur.

[216] La fouille dont a fait l'objet l'appelant n'était pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* et c'est donc à bon droit que la juge du procès a admis la preuve ainsi recueillie. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi que l'appelant a formé contre sa déclaration de culpabilité.

I. Les faits

[217] Les faits de la présente affaire sont exposés en détail dans la décision de la juge du procès ((2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608, par. 2-30) et je ne les reprendrai pas en entier ici. Pour les besoins des présents motifs, il suffit de souligner qu'un agent de la GRC, habillé en civil, a remarqué l'appelant au moment où il descendait d'un autobus Greyhound à la gare d'autobus de Calgary. Le policier a abordé M. Kang-Brown après que ceux-ci eurent échangé des regards à plusieurs reprises. Le policier s'est présenté comme étant un agent de la GRC et a dit à M. Kang-Brown qu'il était libre de partir en tout temps. Lorsque M. Kang-Brown a refusé de permettre au policier de fouiller son sac après que celui-ci lui en ait fait la demande, un deuxième policier s'est approché avec un chien dressé à détecter des drogues. Le chien a reniflé le sac et a indiqué la présence de drogues à son maître. Monsieur Kang-Brown a ensuite été arrêté et une fouille de son sac a permis de découvrir 17 onces de cocaïne. L'appelant transportait également un petit contenant de pastilles à la menthe qui renfermait de l'héroïne et qu'il a remis aux policiers au moment de son arrestation.

[218] Dans la présente affaire, les policiers participaient à l'opération Jetway, qui est un programme national de la GRC dans le cadre duquel des policiers habillés en civil surveillent les voyageurs dans les aéroports, les gares d'autobus et les gares ferroviaires en vue de repérer et d'arrêter les personnes qui transportent de la drogue, des explosifs, des armes ou d'autres marchandises de contrebande.

behaviours which are inconsistent with those of the normal travelling public, including nervousness, avoidance, "rubbernecking", or elongated stares. When a suspicious individual is identified by an undercover Jetway officer, he or she is approached with the aim of creating a consensual encounter and a consensual search of his or her belongings. Individuals who are approached are told that they are speaking with an officer and that they are free to leave at any time. As this case demonstrates, a sniffer dog may also be used as part of the Jetway process. If the accumulated information leads the officers to believe that there are sufficient grounds for arrest, they do so and then search the suspect's luggage.

Le programme établi en 1997 consiste à former des policiers à déceler les comportements inhabituels de certains voyageurs, dont les signes de nervosité, les gestes furtifs, les « regards vers l'arrière » ou les longs regards. Lorsqu'un policier en civil qui participe à l'opération Jetway repère un individu suspect, il aborde l'individu en question dans le but de l'amener à engager librement la conversation et à consentir à une fouille de ses effets personnels. Les individus abordés sont informés qu'ils s'adressent à un policier et qu'ils sont libres de partir en tout temps. Comme le démontre la présente affaire, il se peut également qu'un chien renifleur soit utilisé au cours de ce processus. Si les renseignements recueillis amènent les policiers à croire qu'il existe des motifs suffisants de procéder à une arrestation, ils le font et ils fouillent ensuite les bagages du suspect.

II. Analysis

[219] Law enforcement officers have been aided by the canine's keen sense of smell for many years. Evidence in this case indicates that sniffer dogs are currently used by police to detect explosives, to track human scents, to locate human remains, and to identify accelerants frequently used for arson. They are also, of course, used to detect the odour of prohibited substances, including many types of narcotics.

[220] The dog used in this case, Chevy, exemplifies the incredible advantages of using these animals to aid in the detection of illicit substances. Chevy is trained to detect marijuana, cannabis resin, methamphetamine, opium, heroin, psilocybin (magic mushrooms), cocaine and crack cocaine. When she detects one of these substances, she sits down, a signal which her officer-handler is trained to recognize as an "alert" that the odour of drugs has been detected. Chevy's success rate is estimated to be between 90 and 92 percent, meaning that when she indicates that she has smelt drugs she is in all likelihood correct. Chevy is not alone with this high degree of accuracy — the trial judge found that a sniffer dog's signal that drugs have been detected

II. Analyse

[219] Les policiers comptent depuis de nombreuses années sur l'odorat très développé des chiens pour les assister dans leur travail. La preuve en l'espèce indique que, de nos jours, les policiers recourent aux chiens renifleurs pour localiser des restes humains et pour détecter des explosifs, des odeurs humaines ainsi que des accélérants souvent utilisés pour allumer des incendies criminels. Bien sûr, les chiens renifleurs sont également utilisés pour détecter l'odeur de substances prohibées, dont celle de nombreux types de stupéfiants.

[220] Chevy, le chien qui a été utilisé en l'espèce, illustre bien les avantages incroyables que comporte le recours à ces animaux pour déceler les substances illicites. Chevy est dressé pour détecter la marijuana, la résine de cannabis, la méthamphétamine, l'opium, l'héroïne, la psilocybine (champignons magiques), la cocaïne et le crack. Lorsqu'il détecte l'une de ces substances, il se met en position assise, ce qui pour le maître-chien « indique » que l'animal a flairé une drogue. Le taux de réussite estimatif de Chevy est de 90 à 92 pour 100, ce qui signifie qu'il a fort probablement raison lorsqu'il indique qu'il a flairé une drogue. Chevy n'est pas le seul chien à faire montre d'une si grande fiabilité — la juge du procès a conclu que le signal que donne

is reliable over 92 percent of the time. It is thus clear that a well-trained sniffer dog is an incredibly powerful and reliable tool in the battle to control trafficking of illicit substances, and it is not surprising that they are widely used in Canada and elsewhere.

[221] This does not mean, however, that it is appropriate or desirable for police to use dogs as part of their investigatory process in a completely unregulated manner. Many decisions must be made about when and how dogs ought to be used in law enforcement, and both the public and the police are entitled to know how these animals can and will be used in Canada. This direction is best provided by Parliament, which is able to create a wholistic and harmonious scheme for the use of sniffer dogs in this country. Courts, on the other hand, are ill equipped to deal with the multitude of issues arising from the use of sniffer dogs. Not only are judges restricted to considering the issues and factual scenarios placed directly before them by specific parties (and therefore unable to create a wholistic scheme regulating the use of dogs generally); they also do not have access to the expertise necessary to determine what type of training sniffer dogs should receive or what degree of accuracy they should have in order to be deemed "reliable". Courts are also poorly positioned to determine when dogs should be used on bags as opposed to persons, when a warrant ought to be obtained prior to use of the dogs, and what form notice must take when sniffer dogs are used in a generalized way. All of these important decisions are best left to Parliament, which can study the various aspects of sniffer-dog use and craft policies suited for the Canadian context, in which *Charter* rights must be carefully balanced against the need for effective law enforcement.

un chien renifleur pour indiquer qu'il a détecté des drogues est fiable plus de 92 pour 100 du temps. Il est donc évident qu'un chien renifleur bien dressé est un outil extrêmement puissant et fiable dans la lutte contre le trafic de substances illicites, et il n'est pas étonnant que le recours à ces chiens soit si répandu au Canada et ailleurs.

[221] Toutefois, cela ne signifie pas qu'il est approprié ou souhaitable que les policiers utilisent des chiens dans leurs enquêtes sans être assujettis à des règles. De nombreuses décisions doivent être prises quant à savoir quand et comment des chiens devraient être utilisés pour appliquer la loi, et tant la population que les policiers sont en droit de savoir de quelle façon ces animaux peuvent être et seront utilisés au Canada. Il est préférable que ces directives soient données par le législateur, qui est en mesure d'établir un régime global et cohérent applicable à l'utilisation des chiens renifleurs dans notre pays. Les tribunaux, pour leur part, ne sont pas en mesure de régler la multitude de questions soulevées par l'utilisation des chiens renifleurs. Non seulement les juges doivent-ils se contenter d'examiner les questions et les faits qui leur sont directement soumis par les parties à un recours (et ne sont donc pas en mesure d'établir un régime global applicable à l'utilisation des chiens renifleurs en général), mais encore ils n'ont pas accès à l'expertise nécessaire pour déterminer comment les chiens renifleurs devraient être dressés et quel devrait être leur taux de réussite pour qu'ils soient jugés « fiables ». Les tribunaux sont également mal placés pour décider quels chiens devraient être utilisés pour fouiller des sacs par opposition à des personnes, dans les cas où un mandat autorisant leur utilisation devrait être obtenu, et quelle forme de préavis doit être donné en cas d'utilisation généralisée des chiens renifleurs. Il est préférable que toutes ces décisions importantes soient prises par le législateur, qui est en mesure d'étudier les différents aspects de l'utilisation d'un chien renifleur et de concevoir des politiques adaptées au contexte canadien, dans lequel les droits garantis par la *Charte* doivent être soigneusement soupesés en fonction de la nécessité d'appliquer efficacement la loi.

[222] Unfortunately, Parliament has remained silent on the use of sniffer dogs, and the courts must therefore evaluate police use of this tool, absent any statutory direction from this country's policy makers.

[223] The first issue which must be considered is whether the use of a sniffer dog constitutes a "search" within the meaning of s. 8 of the *Charter*. A state action is only considered a "search" if it invades a reasonable expectation of privacy (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 11), and the first stage of the inquiry therefore focuses on whether or not such an expectation was present.

[224] The second issue is whether the police action constituted an "unreasonable intrusion on that right to privacy" (*R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 33). A search will be deemed reasonable where it was authorized by law and carried out in a reasonable manner (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278). The appropriate framework for determining whether a particular police technique is authorized under the common law was reiterated in the recent case of *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32. There, the majority of this Court endorsed the finding of the Ontario Court of Appeal:

> Where the prosecution relies on the ancillary power doctrine [common law] to justify police conduct that interferes with individual liberties, a two-pronged case-specific inquiry must be made. First, the prosecution must demonstrate that the police were acting in the exercise of a lawful duty when they engaged in the conduct in issue. Second, and in addition to showing that the police were acting in the course of their duty, the prosecution must demonstrate that the impugned conduct amounted to a justifiable use of police powers associated with that duty . . . . [para. 22]

[225] The Court in *Clayton* went on to emphasize earlier findings that the assessment of whether a police action can be justified requires careful balancing "between preventing excessive intrusions on an individual's liberty and privacy, and enabling the police to do what is reasonably necessary to

[222] Malheureusement, le législateur est resté muet sur la question de l'utilisation des chiens renifleurs, et les tribunaux doivent donc, en l'absence de directives législatives, évaluer l'utilisation que les policiers font de cet outil.

[223] La première question qui doit être examinée est de savoir si l'utilisation d'un chien renifleur constitue une « fouille » au sens de l'art. 8 de la *Charte*. On considère qu'un acte de l'État constitue une « fouille » ou « perquisition » uniquement s'il a pour effet de déjouer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 11), et la première étape de l'examen porte donc sur la question de savoir si une telle attente existait.

[224] La deuxième question qui se pose est de savoir si la mesure policière constituait une « atteinte abusive à ce droit à la vie privée » (*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 33). Une fouille sera jugée non abusive si elle était autorisée par la loi et si elle n'a pas été effectuée d'une manière abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278). Le cadre d'analyse approprié pour déterminer si une technique policière particulière est autorisée en common law a été exposé de nouveau dans l'arrêt récent *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32. Dans cet arrêt, les juges majoritaires de notre Cour ont souscrit à la conclusion suivante de la Cour d'appel de l'Ontario :

> [TRADUCTION] Lorsque la poursuite invoque la doctrine des pouvoirs accessoires [de la common law] pour justifier une atteinte policière aux libertés individuelles, une analyse en deux étapes fondée sur les faits s'impose. Premièrement, la poursuite doit démontrer que le policier a agi dans l'exercice d'une fonction légitime. Deuxièmement, après avoir démontré que le policier a agi dans l'exercice de sa fonction, la poursuite doit établir que l'acte reproché équivaut à un exercice justifiable du pouvoir policier lié à cette fonction . . . [par. 22]

[225] Dans l'arrêt *Clayton*, la Cour a ensuite mis l'accent sur des conclusions antérieures voulant que, pour déterminer si une mesure policière est justifiable, il faille prendre soin d'établir un juste équilibre « entre la prévention de l'atteinte injustifiée à la liberté et à la vie privée d'une personne et l'octroi

perform their duties in protecting the public": para. 26, citing *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2. Factors to be considered in this balancing include the importance of the police duty to the public good, the liberty interfered with, and the nature and extent of the interference: para. 25, citing *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, at para. 18.

A) *Reasonable Expectation of Privacy*

[226] Establishing the existence of a reasonable expectation of privacy requires an assessment of "the totality of the circumstances" (*R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67, at para. 19; *Edwards*, at para. 31), and the specific factors to be considered must be tailored to the particular case (*Tessling*, at para. 31).

[227] In my view, the circumstances of this case support a finding that the appellant had a reasonable, but limited, expectation of privacy in his luggage at the time the dog sniff occurred. A subjective expectation of privacy is evidenced by the protective manner in which the appellant carried his bag and his refusal to allow a voluntary search to occur. From an objective perspective, it is significant that the odour identified by the dog was not accessible to humans and that its detection provided immediate information about the *contents* of the appellant's luggage. This Court has held that informational privacy protects "a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual": *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293. The information collected about the contents of the appellant's bag falls within this biographical core, and both a subjective and objective expectation of privacy have thus been established.

aux policiers de pouvoirs raisonnablement nécessaires à la protection des citoyens » : par. 26, où l'on cite l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2. Les facteurs dont il faut tenir compte pour établir cet équilibre sont notamment l'importance que le devoir du policier présente pour l'intérêt public, la liberté à laquelle il est porté atteinte, ainsi que la nature et l'étendue de cette atteinte : par. 25, où l'on cite l'arrêt *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, par. 18.

A) *L'attente raisonnable en matière de vie privée*

[226] Pour établir l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée, il faut évaluer « l'ensemble des circonstances » (*R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67, par. 19; *Edwards*, par. 31), et les facteurs particuliers dont il faut tenir compte doivent être adaptés aux circonstances de l'affaire en cause (*Tessling*, par. 31).

[227] À mon avis, les circonstances de la présente affaire permettent de conclure qu'au moment où le chien renifleur est intervenu l'appelant avait une attente raisonnable, mais limitée, en matière de vie privée à l'égard de ses bagages. La façon dont l'appelant cherchait à protéger son sac en le transportant et son refus de consentir à une fouille volontaire témoignent de l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée. D'un point de vue objectif, il est important de souligner que l'odeur détectée par le chien était imperceptible aux humains et que sa détection a fourni immédiatement des renseignements sur le *contenu* des bagages de l'appelant. Notre Cour a statué que le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels protège « un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu » : *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293. L'information recueillie au sujet du contenu du sac de l'appelant fait partie de cet ensemble de renseignements biographiques, et l'existence d'une attente raisonnable, tant subjective qu'objective, en matière de vie privée est ainsi établie.

[228] It is significant, however, that the dog sniff occurred at a public bus depot. This Court has held repeatedly that the "place where the search occurs greatly influences the reasonableness of the individual's expectation": *Tessling*, at para. 44; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 62. It has also found that the degree of personal privacy reasonably expected in airports is lower than in most other situations (*R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 528; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, at para. 18; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at para. 42), and I believe that a bus depot is, for the purposes of this analysis, analogous to an airport. In both a bus depot and an airport, a passenger is voluntarily using the terminal to access a public mode of transportation, and in both situations he or she is aware that the state has an interest in ensuring that that transportation system is both secure and not being used to further criminal activity.

[229] That the state's interest at public transportation terminals extends beyond the obvious security considerations, and includes an interest in protecting against drug trafficking, was underscored by this Court's finding in *Monney*. In that case, a unanimous panel held that a search conducted on an individual reasonably suspected of carrying drugs — but *not* suspected of being a security threat — was reasonable within the meaning of s. 8. In so finding, the Court cited with approval the holding in *Simmons* that "the degree of personal privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations": *Monney*, at para. 42, citing with approval *Simmons*, at p. 528. The emphasis in *Monney* was thus not on the specific need to prevent security threats to air travellers, but rather on the validity of the state's interest in preventing illegal activity, including drug trafficking, *at a particular location.*

[230] Although *Monney* refers specifically to an airport border crossing, I believe the key finding in that case applies equally to public bus and train terminals. The similarity in all of these situations

[228] Toutefois, il importe de souligner que le recours au chien renifleur a eu lieu dans l'endroit public qu'est une gare d'autobus. Notre Cour a conclu, à maintes reprises, que le « lieu de la perquisition influence grandement le caractère raisonnable de l'attente en matière de vie privée » : *Tessling*, par. 44; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 62. Elle a également jugé que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres dans les aéroports que dans la plupart des autres situations (*R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 528; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, par. 18; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, par. 42), et j'estime que, pour les besoins de la présente analyse, une gare d'autobus s'apparente à un aéroport. Tant dans une gare d'autobus que dans un aéroport, les passagers utilisent volontairement les lieux pour accéder à un mode de transport public, et, dans les deux cas, ils savent que l'État a intérêt à veiller à ce que le système de transport soit sûr et non utilisé à des fins criminelles.

[229] Dans la conclusion qu'elle tire dans l'affaire *Monney*, notre Cour souligne que l'intérêt de l'État dans les terminaux va au-delà des considérations évidentes de sécurité pour inclure également l'intérêt à protéger contre le trafic de stupéfiants. Dans cette affaire, la Cour a conclu, à l'unanimité, que la fouille d'un individu soupçonné raisonnablement de transporter de la drogue — mais *non* soupçonné de constituer une menace pour la sécurité — n'était pas abusive au sens de l'art. 8. Ce faisant, la Cour a cité, en l'approuvant, la conclusion de l'arrêt *Simmons* selon laquelle « les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations » : *Monney*, par. 42, où la Cour cite, en l'approuvant, l'arrêt *Simmons*, p. 528. Ainsi, dans l'arrêt *Monney*, l'accent a été mis non pas sur le besoin précis de prévenir les menaces à la sécurité des passagers aériens, mais plutôt sur la validité de l'intérêt de l'État à empêcher les activités illégales, y compris le trafic de stupéfiants, *dans un endroit particulier.*

[230] Bien que, dans l'arrêt *Monney*, la Cour mentionne expressément un passage frontalier dans un aéroport, je crois que la principale conclusion de cet arrêt s'applique également aux gares d'autobus

is the fact that passengers have a reduced expectation of privacy because they are transporting their belongings through an area known to be of particular importance to the state's fight against illegal activity, particularly the trafficking of illicit substances.

[231] As a result, it is my conclusion that although the appellant did have a reasonable expectation of privacy in his luggage, it was significantly reduced due to the location at which the search occurred. Nonetheless, privacy interests do not have to be of the highest form to attract s. 8 protection (*R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, at para. 22), and it is therefore necessary to consider the reasonableness of the search itself in order to determine whether it breached the appellant's *Charter* rights.

B) *Reasonable Search Authorized by Common Law*

(1) Lawful Police Duty

[232] Police powers are derived from the nature and scope of their duties. At common law, these duties include "the preservation of the peace, the prevention of crime, and the protection of life and property": *Dedman*, at p. 32; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, at para. 26.

[233] The police involved in this case were part of the Jetway program and at the time the appellant was stopped they were attempting to identify and apprehend individuals carrying illegal drugs, weapons or other contraband on Canada's public transportation systems. It is in my view clear that this falls within the scope of their lawful duties at common law.

(2) Nature of the Search

[234] It is well established that the degree to which a particular police search technique intrudes

et aux gares ferroviaires. La similarité de toutes ces situations tient au fait que les passagers ont des attentes moindres en matière de vie privée parce qu'ils transportent leurs effets personnels dans une aire considérée comme ayant une importance particulière dans la lutte que l'État mène contre les activités illégales, particulièrement le trafic de substances illicites.

[231] Par conséquent, je conclus que, bien que l'appelant ait eu une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de ses bagages, cette attente était beaucoup moindre en raison de l'endroit où la fouille a été effectuée. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'être en présence de la forme la plus élevée de droit à la vie privée pour que la protection de l'art. 8 s'applique (*R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, par. 22), et il est donc nécessaire d'examiner le caractère raisonnable de la fouille elle-même pour déterminer si elle a porté atteinte aux droits garantis à l'appelant par la *Charte*.

B) *Fouille ou perquisition raisonnable autorisée par la common law*

(1) Fonction légitime des policiers

[232] Les pouvoirs des policiers découlent de la nature et de l'étendue de leurs fonctions. En common law, ces fonctions comprennent « le maintien de la paix, la prévention du crime et la protection de la vie des personnes et des biens » : *Dedman*, p. 32; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52, par. 26.

[233] En l'espèce, les policiers participaient au programme Jetway et, lorsque l'appelant a été interpellé, ils tentaient de repérer et d'appréhender les individus qui transportent des drogues illégales, des armes ou d'autres marchandises de contrebande dans les systèmes de transport publics canadiens. Il est clair, selon moi, que cela est conforme à leurs fonctions légitimes issues de la common law.

(2) Nature de la fouille ou de la perquisition

[234] Il est bien établi que la mesure dans laquelle une technique de fouille policière porte atteinte au

on an individual's privacy interests is a key factor in determining whether a search was reasonable for the purposes of s. 8 (*Tessling*, at para. 50; *Buhay*, at para. 36; *Plant*, at p. 295). In my view, the use of the sniffer dog in this case was minimally intrusive for a number of reasons.

[235] First, the dog did not touch or approach the appellant in any way as part of her sniff for drugs. She did not bark at him or exhibit any signs of aggression. She did not even try to sniff him. Rather, her interest was exclusively with the appellant's bag, which was on the floor at the time the sniff search occurred.

[236] Second, the dog's method for indicating the presence of drugs was equally subdued. Again, she did not bark or snap at the appellant or otherwise create a scene which could in any way be described as either threatening or embarrassing for Kang-Brown. When Chevy detected the odour of drugs, she simply sat down.

[237] Third, the sniff did not require a significant amount of time or create undue inconvenience for the appellant. Sergeant MacPhee testified that the dog and her handler were at the bag within three seconds of his signal and that Chevy "immediately" indicated that she detected the odour of drugs emanating from Kang-Brown's bag. This was therefore not a situation where the police technique intruded on the appellant's privacy interest for an extended period of time.

[238] Fourth, it is significant that the only personal information revealed by a dog sniff is the presence or absence of the specific item the animal has been trained to detect. In this case, Chevy was trained to detect nine different types of narcotics. She was unable to distinguish between these substances, and unable to communicate any other information about the contents of the appellant's bag. It is the narrow specificity of the canine sniff search which led the United States Supreme Court to determine that it did not constitute a search

droit à la vie privée d'un individu est un élément clé pour déterminer si une fouille était raisonnable pour les besoins de l'art. 8 (*Tessling*, par. 50; *Buhay*, par. 36; *Plant*, p. 295). J'estime que l'atteinte portée par le recours au chien renifleur en l'espèce est minime pour un certain nombre de raisons.

[235] Premièrement, le chien n'a pas touché l'appelant et ne s'en est aucunement approché au moment où il tentait de déceler des odeurs de drogues. Il n'a ni aboyé après lui, ni manifesté de l'agressivité. Il n'a même pas essayé de le flairer. Il s'est plutôt intéressé exclusivement au sac de l'appelant, qui se trouvait sur le sol au moment où la fouille en question a eu lieu.

[236] Deuxièmement, c'est aussi calmement que le chien a indiqué la présence de drogues. Là encore, il n'a pas aboyé après l'appelant ou tenté de le mordre, ni autrement réagi d'une manière qui pourrait être qualifiée de menaçante ou embarrassante pour M. Kang-Brown. Chevy s'est simplement mis en position assise lorsqu'il a détecté l'odeur de drogues.

[237] Troisièmement, l'intervention du chien renifleur n'a pas duré longtemps et n'a pas causé d'inconvénients indus à l'appelant. Le sergent MacPhee a témoigné que le chien et son maître sont arrivés près du sac dans les trois secondes qui ont suivi son signal et que Chevy a « immédiatement » indiqué la présence d'odeur de drogues qui se dégageait du sac de M. Kang-Brown. Ce n'est donc pas un cas où la technique policière a porté atteinte au droit à la vie privée de l'appelant pendant une longue période de temps.

[238] Quatrièmement, il importe de souligner que le seul renseignement personnel que permet d'obtenir un chien renifleur est la présence ou l'absence de la substance particulière que l'animal a été dressé à détecter. En l'espèce, Chevy était dressé pour détecter neuf différents types de stupéfiants. Il était incapable de faire la différence entre ces neuf substances et de fournir quelque autre renseignement au sujet du contenu du sac de l'appelant. C'est en raison du caractère bien circonscrit de la fouille ou perquisition effectuée à l'aide d'un

within the meaning of the Fourth Amendment of the United States Constitution:

A "canine sniff" by a well-trained narcotics detection dog, however, does not require opening the luggage. It does not expose noncontraband items that otherwise would remain hidden from public view, as does, for example, an officer's rummaging through the contents of the luggage. Thus, the manner in which information is obtained through this investigative technique is much less intrusive than a typical search. Moreover, the sniff discloses only the presence or absence of narcotics, a contraband item. Thus, despite the fact that the sniff tells the authorities something about the contents of the luggage, the information obtained is limited. This limited disclosure also ensures that the owner of the property is not subjected to the embarrassment and inconvenience entailed in less discriminate and more intrusive investigative methods.

In these respects, the canine sniff is *sui generis*. We are aware of no other investigative procedure that is so limited both in the manner in which the information is obtained and in the content of the information revealed by the procedure. Therefore, we conclude that the particular course of investigation that the agents intended to pursue here — exposure of respondent's luggage, which was located in a public place, to a trained canine — did not constitute a "search" within the meaning of the Fourth Amendment.

(*United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983), at p. 707)

[239] Although I would not go so far as to say that the nature of a dog sniff renders it a "non-search" under the Canadian *Charter*, I do agree with the United States Supreme Court that a canine sniff is "much less intrusive" than other forms of police search.

[240] Finally, it is also, in my view, significant that the use of the police dog did not interfere with the appellant's bodily integrity in any way. This Court has found that travellers being searched by

chien renifleur que la Cour suprême des États-Unis a décidé qu'il ne s'agissait pas d'une fouille ou perquisition au sens du Quatrième amendement de la Constitution américaine :

[TRADUCTION] Toutefois, l'intervention d'un chien renifleur bien dressé pour détecter des stupéfiants n'exige pas l'ouverture des bagages. Elle n'expose pas à la vue du public des objets ne constituant pas de la contrebande qui, autrement, resteraient cachés, comme c'est le cas, par exemple, quand un policier fouille les bagages. Cette technique d'enquête permet donc d'obtenir l'information d'une manière beaucoup moins envahissante qu'une fouille normale. En outre, le chien renifleur indique uniquement la présence ou l'absence de stupéfiants, qui sont des marchandises de contrebande. Ainsi, bien que le chien renifleur indique aux autorités quelque chose au sujet du contenu des bagages, l'information obtenue est limitée. De plus, en raison de cette divulgation limitée, le propriétaire des bagages n'est pas soumis à l'embarras et aux inconvénients qu'entraînent des méthodes d'enquête moins précises et plus envahissantes.

À ces égards, le recours à un chien renifleur est *sui generis*. Nous ne connaissons aucune autre technique d'enquête qui soit si limitée, tant dans la manière d'obtenir l'information que dans le contenu de l'information qu'elle permet d'obtenir. En conséquence, nous concluons que la méthode d'enquête particulière que les policiers avaient l'intention d'utiliser en l'espèce — celle consistant à exposer les bagages de l'intimé, qui se trouvaient dans un endroit public, à l'intervention d'un chien dressé — ne constituait pas une « fouille » ou « perquisition » au sens du Quatrième amendement.

(*United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983), p. 707)

[239] Sans aller jusqu'à dire que, de par sa nature, l'intervention d'un chien renifleur « ne constitue pas une fouille ou une perquisition » au sens de la *Charte* canadienne, je partage l'opinion de la Cour suprême des États-Unis selon laquelle le recours à un tel chien est « beaucoup moins envahissan[t] » que d'autres formes de fouilles ou perquisitions policières.

[240] Enfin, j'estime qu'il importe également de souligner que l'utilisation du chien policier n'a aucunement porté atteinte à l'intégrité physique de l'appelant. Notre Cour a conclu que les douaniers

customs officers are subject to three categories of searches based on the degree of intrusion into personal privacy and bodily integrity. The most highly intrusive type of search involves extremely invasive means and is frequently referred to as the body cavity search. The middle category of search involves a strip or skin search conducted in a private room. In *Simmons*, Dickson C.J. described the least intrusive kind of search as follows:

> . . . the routine of questioning which every traveller undergoes at a port of entry, accompanied in some cases by a search of baggage and perhaps a pat or frisk of outer clothing. No stigma is attached to being one of the thousands of travellers who are daily routinely checked in that manner upon entry to Canada and no constitutional issues are raised. It would be absurd to suggest that a person in such circumstances is detained in a constitutional sense and therefore entitled to be advised of his or her right to counsel. [Emphasis added; p. 517.]

[241] In my view, there is equally no stigma attached to having one's bag sniffed by a police dog at a bus depot, a technique *even less* intrusive than those being described in *Simmons*. Here, the appellant was not subject to a frisk of any kind and his baggage was not opened and searched. He was not in any way the subject of a humiliating encounter that impacted on his dignity or his bodily integrity, and the dog sniff itself cannot even be said to be an "embarrassing process" (unlike being detained in a "drug loo facility" as was the case in *Monney*).

[242] For all of these reasons, it is my conclusion that a sniff by a drug dog, when used as it was here, is an investigative technique that intrudes on an individual's privacy in a very minimal way.

C) *Standard for Conducting the Search*

[243] In *Mann*, this Court held that "police officers may detain an individual for investigative

peuvent soumettre les voyageurs à trois types de fouille qui portent plus ou moins atteinte à la vie privée et à l'intégrité de ces derniers. La fouille la plus envahissante est celle que l'on appelle souvent l'examen des cavités corporelles. La fouille intermédiaire est la fouille à nu effectuée dans une pièce fermée. Quant à la fouille la moins envahissante, voici comment le juge en chef Dickson la décrit dans l'arrêt *Simmons* :

> . . . l'interrogatoire de routine auquel est soumis chaque voyageur à un port d'entrée, lequel est suivi dans certains cas d'une fouille des bagages et peut-être même d'une fouille par palpation des vêtements extérieurs. Il n'y a rien d'infamant à être l'un des milliers de voyageurs qui font, chaque jour, l'objet de ce type de contrôle de routine à leur entrée au Canada et aucune question constitutionnelle n'est soulevée à cet égard. Il serait absurde de laisser entendre qu'une personne qui se trouve dans une telle situation est détenue au sens constitutionnel du terme et a le droit, en conséquence, d'être informée de son droit à l'assistance d'un avocat. [Je souligne; p. 517.]

[241] À mon avis, il n'y a rien d'infamant non plus à ce qu'un chien policier flaire le sac d'un passager dans une gare d'autobus — une technique qui est *encore moins* envahissante que celles décrites dans l'arrêt *Simmons*. En l'espèce, l'appelant n'a pas été soumis à quelque type de fouille par palpation, et ses bagages n'ont été ni ouverts ni fouillés. Il n'a d'aucune façon été l'objet d'une confrontation humiliante portant atteinte à sa dignité ou à son intégrité physique, et on ne peut même pas dire que l'intervention même du chien renifleur était une « procédure embarrassante » (par opposition au fait d'être détenu dans une « salle d'évacuation des drogues », comme dans l'affaire *Monney*).

[242] Pour tous ces motifs, je conclus que l'utilisation d'un chien renifleur de drogue, comme celle qui a eu lieu en l'espèce, est une technique d'enquête qui porte très peu atteinte à la vie privée d'une personne.

C) *Norme applicable à l'exécution de la fouille ou perquisition*

[243] Dans l'arrêt *Mann*, notre Cour a statué que « les policiers peuvent détenir une personne aux

purposes if there are reasonable grounds to suspect in all the circumstances that the individual is connected to a particular crime" (para. 45 (emphasis added)). This is a lower standard than the "reasonable and probable grounds" required for lawful arrest (para. 27), but was deemed justifiable when the detainee's rights were balanced against officer safety. *Mann* illustrates the need for this Court to carefully balance the individual's rights with the state interest in preventing and investigating crime each time it is asked to consider a novel police procedure. The emphasis that has consistently been put on this balancing process was highlighted by this Court in *Tessling*:

> The community wants privacy but it also insists on protection. Safety, security and the suppression of crime are legitimate countervailing concerns. Thus s. 8 of the *Charter* accepts the validity of reasonable searches and seizures. A balance must be struck, as held in *Hunter v. Southam*, *supra*, at pp. 159-60, *per* Dickson J.:
>
> > . . . an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.
>
> The notion of the "balance" was also canvassed by Sopinka J. in advocating a "contextual approach" in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293:
>
> > Consideration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated allows for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement. [Emphasis deleted; paras. 17-18.]

[244] In this case, the requisite balancing supports a finding that a sniff search of luggage using a police dog will not be in violation of s. 8 of the *Charter* where the police are acting on a reasonable

fins d'enquête s'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner, à la lumière de toutes les circonstances, que cette personne est impliquée dans un crime donné » (par. 45 (je souligne)). Cette norme est moins stricte que les « motifs raisonnables et probables » requis pour qu'il y ait une arrestation légale (par. 27), mais elle a été considérée justifiable lorsque les droits du détenu étaient soupesés en fonction de la sécurité du policier. L'arrêt *Mann* montre la nécessité que notre Cour évalue soigneusement les droits des individus et l'intérêt de l'État dans la prévention du crime et les enquêtes criminelles chaque fois qu'on lui demande d'examiner une nouvelle procédure policière. Dans l'arrêt *Tessling*, notre Cour a fait ressortir l'importance qu'elle a constamment accordée à ce processus d'évaluation :

> Les citoyens tiennent à leur vie privée, mais ils veulent également être protégés. La répression du crime et la sécurité sont des préoccupations légitimes tout aussi valables. Ainsi, l'art. 8 de la *Charte* reconnaît la validité des fouilles, perquisitions et saisies non abusives. Il faut établir un équilibre, comme le juge Dickson l'a indiqué dans *Hunter c. Southam*, précité, p. 159-160 :
>
> > . . . il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.
>
> Le juge Sopinka a lui aussi abordé la notion d'« équilibre » lorsqu'il a préconisé l'adoption d'une « méthode contextuelle » dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293 :
>
> > L'examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi. [Soulignement omis; par. 17-18.]

[244] En l'espèce, il est permis de conclure, après avoir procédé à l'évaluation requise, que la fouille de bagages à l'aide d'un chien renifleur ne contrevient pas à l'art. 8 de la *Charte* lorsque les policiers

suspicion about the committal of a crime. The reduced expectation of privacy at public terminals, the minimal intrusion caused by the search itself, and the effectiveness of this investigatory technique all support a standard lower than that of "reasonable and probable grounds". In my view, "reasonable suspicion" is a sufficient standard. In some situations, like this one, that reasonable suspicion will relate to a particular individual, and the police will have gathered, through observation or other means, sufficient information about a specific person to justify a sniff search of his or her bags.

[245] In other situations, however, the police will have formed a reasonable suspicion that relates not to a particular person but rather to a particular location or event. As I have indicated, Parliament is in the best position to determine when it is appropriate for police to use sniffer dogs to perform random searches where such a generalized suspicion exists. Absent Parliamentary directive, however, courts will need to determine the constitutionality of basing searches on generalized suspicion on a case-by-case basis. In every instance, a balancing between the protection of personal privacy and the public interest in the prevention and detection of crime must underlie the analysis.

[246] In my view, it is, in some circumstances, appropriate for police to conduct random searches using sniffer dogs on the basis of generalized suspicion. Allowing this type of search recognizes the important role sniffer dogs can play not only in detecting crime but also in *preventing and deterring* crime. Given the accuracy and efficiency of sniffer-dog searches, it is reasonable to conclude that their known presence, or potential presence, at particular locations would have a significant preventative effect. Allowing random searches in certain situations also has the benefit of avoiding inappropriate profiling and reducing any embarrassment which may be associated with a targeted search. I agree with the finding in *Simmons* that there is no stigma attached "to being one of the

agissent sur la foi de soupçons raisonnables qu'un crime est commis. Les attentes moindres en matière de vie privée dans les terminaux, l'atteinte minime portée par la fouille elle-même et l'efficacité de cette technique d'enquête militent toutes en faveur de l'application d'une norme moins stricte que celle des « motifs raisonnables et probables ». À mon avis, les « soupçons raisonnables » constituent une norme suffisante. Dans certains cas, comme la présente affaire, les soupçons raisonnables porteront sur un individu particulier, et les policiers auront recueilli, grâce à l'observation ou à d'autres méthodes, suffisamment de renseignements à son sujet pour justifier la fouille de ses bagages à l'aide d'un chien renifleur.

[245] Toutefois, dans d'autres cas, les policiers auront des soupçons raisonnables au sujet non pas d'une personne particulière, mais plutôt d'un lieu ou d'un événement particulier. Comme je l'ai indiqué, le législateur est le mieux placé pour déterminer dans quels cas il est approprié que les policiers utilisent des chiens renifleurs pour effectuer des fouilles au hasard sur la foi de tels soupçons généraux. Cependant, faute de directives du législateur, les tribunaux devront se prononcer au cas par cas sur la constitutionnalité de fouilles effectuées sur la foi de soupçons généraux. Dans chaque cas, il faudra soupeser la protection de la vie privée personnelle et l'intérêt du public dans la prévention et la détection du crime.

[246] J'estime que, dans certains cas, il est de bon aloi que les policiers se fondent sur des soupçons généraux pour effectuer au hasard des fouilles à l'aide de chiens renifleurs. En permettant ce type de fouille, on reconnaît le rôle important que les chiens renifleurs peuvent jouer en matière non seulement de détection mais encore *de prévention et de dissuasion* du crime. Compte tenu de la fiabilité et de l'efficacité des fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs, il est raisonnable de conclure que le fait de savoir que des chiens renifleurs se trouvent ou peuvent se trouver à certains endroits aurait un effet préventif important. Permettre des fouilles au hasard dans certains cas a également pour avantage d'éviter le profilage inapproprié et de diminuer tout embarras susceptible d'être lié à une

thousands of travellers who are daily routinely checked" at border crossings (p. 517), and believe that that lack of stigma results in large part from the random nature of the search process.

[247] Another factor impacting the lack of stigma associated with searches at border crossings is traveller expectations. Travellers are generally aware that they may be subject to random searches at these locations and "do not expect to be able to cross international borders free from scrutiny" (*Monney*, at para. 36, citing with approval *Simmons*, at p. 528). In my view, an individual's knowledge that they may be subject to a random search as a result of their chosen location or chosen activity reduces their expectation of privacy while simultaneously decreasing the stigma associated with being selected for a search. As a result, reasonable knowledge that one may be subjected to the search is a factor which significantly increases the reasonableness of a search based on generalized suspicion and, in my view, ought to be a precondition to the police basing a search on this standard.

[248] It is not for the courts to provide a specific scheme for notification. What must be established, in each case, is whether a reasonably informed person would have been aware that dogs might be used to detect drugs, explosives or weapons in that particular place.

[249] It is unnecessary for the purposes of this case to determine whether the use of sniffer dogs at this bus terminal would have been reasonable if it were based on a generalized suspicion that drugs were likely on the premises. The trial judge found that the police were "suspicious" of the appellant on the basis of "certain observations" they had made about his behaviour in the terminal (paras. 44-45 and 55). She also found that these suspicions were based on "objectively discernible facts" (para.

fouille ciblée. Je souscris à la conclusion de l'arrêt *Simmons* selon laquelle il n'y a rien d'infamant « à être l'un des milliers de voyageurs qui font, chaque jour, l'objet [d'un] contrôle de routine » à des passages frontaliers (p. 517), et je crois que cela est en grande partie dû au fait que les fouilles sont effectuées au hasard.

[247] Les attentes des voyageurs expliquent également pourquoi il n'y a rien d'infamant à être fouillé à des passages frontaliers. Les voyageurs savent généralement qu'ils peuvent être soumis à des fouilles au hasard à ces endroits et ils « ne s'attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l'objet d'une vérification » (*Monney*, par. 36, où la Cour cite, en l'approuvant, l'arrêt *Simmons*, p. 528). À mon avis, le fait qu'un individu sache qu'il peut être soumis à une fouille au hasard en raison du lieu où il se trouve volontairement ou de l'activité qu'il a choisie d'exercer réduit ses attentes en matière de vie privée tout en diminuant l'embarras lié au fait d'être choisi pour être fouillé. Ainsi, la connaissance raisonnable du risque de faire l'objet d'une fouille est un facteur qui renforce énormément le caractère raisonnable d'une fouille effectuée sur la foi de soupçons généraux, et j'estime que cette connaissance devrait être une condition préalable d'une fouille policière fondée sur cette norme.

[248] Il n'appartient pas aux tribunaux d'établir un régime particulier de notification. Il faut plutôt déterminer, dans chaque cas, si une personne raisonnablement informée aurait su que des chiens pourraient être utilisés pour détecter la présence de drogues, d'explosifs ou d'armes à l'endroit en question.

[249] Il n'est pas nécessaire en l'espèce de déterminer si le recours à des chiens renifleurs dans la gare d'autobus en question aurait été raisonnable s'il avait été fondé sur des soupçons généraux qu'il pouvait y avoir de la drogue dans les lieux. La juge du procès a conclu que les policiers avaient des [TRADUCTION] « soupçons » à l'égard de l'appelant à la suite de « certaines observations » relatives à son comportement qu'ils avaient faites dans la gare (par. 44-45 et 55). Elle a également conclu que ces

55). The evidence of Sergeant MacPhee supports these findings, and it is clear that his suspicion arose prior to Chevy conducting the sniff search on Kang-Brown's bag. The standard of individualized suspicion has therefore been met in this case and, as a result, the search was reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

[250] The judge was not shown to have committed an error in her appreciation of the facts, and there is no evidence to justify a second-guessing of the validity of the factors for establishing that the officers had formed a reasonable suspicion with regard to Kang-Brown.

[251] I do wish to note, however, that a public bus terminal is precisely the type of environment where a sniffer-dog search subsequent to generalized suspicion is appropriate. As I have mentioned, I find public depots to be analogous to airports, as in both cases the travelling public has a reduced expectation of privacy and an understanding that the state has an interest in preventing the public transportation system from being used to transport illicit substances. The Jetway program itself was introduced as a result of an ongoing concern about the presence of drugs at bus and rail depots, and its very existence is evidence of ongoing police suspicion that drugs and other contraband are likely to be found at these locations.

[252] The known presence of sniffer dogs performing random searches on passenger luggage is likely to greatly enhance the ability of police to deter those who are seeking to move drugs on Canada's public transportation systems. The accuracy and expediency of this kind of search create a real threat to those seeking to carry illegal substances through public terminals undetected. The powerful preventative impact of using police sniffer dogs is greatly minimized, however, when law enforcement officers are required to isolate a suspicious individual before the abilities of the dog

soupçons reposaient sur des « faits objectivement discernables » (par. 55). Le témoignage du sergent MacPhee étaye ces conclusions et il est évident que ses soupçons ont été éveillés avant que Chevy flaire le sac de M. Kang-Brown. La norme des soupçons précis a donc été respectée en l'espèce et, par conséquent, la fouille n'était pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

[250] Il n'a pas été démontré que la juge du procès avait commis une erreur dans son appréciation des faits, et aucun élément de preuve ne justifie de mettre en doute, a posteriori, la validité des facteurs utilisés pour établir que les policiers avaient des soupçons raisonnables à l'égard de M. Kang-Brown.

[251] Toutefois, je tiens à souligner qu'une gare d'autobus est précisément le genre d'endroit où il est approprié d'effectuer une fouille à l'aide d'un chien renifleur sur la foi de soupçons généraux. Comme je l'ai déjà dit, j'estime qu'une gare d'autobus s'apparente à un aéroport étant donné que, dans les deux cas, le voyageur a des attentes moindres en matière de vie privée et comprend que l'État a intérêt à empêcher que le système de transport public en question soit utilisé pour transporter des substances illicites. Le programme Jetway a lui-même été mis en place à la suite de craintes que de la drogue se trouve dans les gares d'autobus et les gares ferroviaires, et sa seule existence témoigne du fait que les policiers soupçonnent que des drogues et d'autres marchandises de contrebande sont susceptibles d'être découvertes à ces endroits.

[252] La présence connue de chiens renifleurs utilisés pour fouiller au hasard les bagages des voyageurs est susceptible d'accroître énormément la capacité des policiers de dissuader les gens qui cherchent à faire circuler de la drogue dans les systèmes de transport publics canadiens. La fiabilité et l'efficacité de ce type de fouille constituent une véritable menace pour les gens qui cherchent à transporter des substances illégales dans des terminaux sans se faire repérer. Toutefois, le puissant effet préventif de l'utilisation d'un chien renifleur est considérablement atténué lorsque les

are able to be used. Criminals will know that as long as they are able to avoid arousing initial police suspicion, they will also be able to avoid the scrutiny of the dogs. In my view, the incredible advantages of using police sniffer dogs as a preventative and investigative tool outweigh the minimal intrusion that their presence would create on the privacy interests of passengers. I would therefore find that the police are able to use the services of these dogs in public bus and train terminals as long as their reasonable suspicion that these areas are being heavily used for drug trafficking continues. As I have mentioned, the ability to use this power is subject to travellers being aware that their luggage may be subject to random searches by sniffer dogs.

[253] Finally, I wish to note that several other countries already allow sniffer dogs to perform random, generalized searches. As has been previously mentioned, the United States Supreme Court held that dog sniffs are not "searches" under the Fourth Amendment, and random use of sniffer dogs is therefore permissible in that country. In Queensland, Australia, legislation allows drug dogs to search, without a warrant, at licensed premises; at any place at which a sporting, recreational, entertainment, or "special" event is being held; and at any "public place" (*Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, ss. 34 to 36). The use of sniffer dogs is also common practice in the United Kingdom and New Zealand.

[254] In Canada, the *Charter* protects individuals from unreasonable search and seizure, and where a reasonable expectation of privacy exists, the use of sniffer dogs must be based on reasonable suspicion in order to be found constitutional. In some situations, however, this reasonable suspicion will attach not to a particular individual, but rather to

policiers sont tenus d'isoler un suspect avant que les qualités du chien puissent être mises à contribution. Les criminels sauront que, pourvu qu'ils puissent, au départ, éviter d'éveiller les soupçons des policiers, ils pourront ensuite éviter l'intervention des chiens. À mon avis, les avantages incroyables que comporte l'utilisation des chiens renifleurs en tant qu'outil de prévention et d'enquête l'emportent sur l'atteinte minime que leur présence porterait aux droits à la vie privée des passagers. Je conclus donc que les policiers peuvent recourir aux services de ces chiens dans les gares d'autobus et les gares ferroviaires pourvu qu'ils continuent d'avoir des soupçons raisonnables que ces endroits sont abondamment utilisés pour faire le trafic de stupéfiants. Comme nous l'avons vu, la capacité d'exercer ce pouvoir est assujettie à la condition que les voyageurs soient au courant que leurs bagages peuvent faire l'objet de fouilles au hasard effectuées à l'aide de chiens renifleurs.

[253] Enfin, je tiens à souligner que plusieurs autres pays autorisent déjà les fouilles générales effectuées au hasard à l'aide de chiens renifleurs. Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour suprême des États-Unis a conclu que l'intervention d'un chien renifleur ne constitue pas une « fouille » au sens du Quatrième amendement et que l'utilisation au hasard de ces chiens est donc acceptable dans ce pays. Dans le Queensland, en Australie, une mesure législative autorise les fouilles sans mandat à l'aide de chiens détecteurs de drogue dans les débits de boissons alcoolisées, dans tout lieu où se tiennent des manifestations sportives ou récréatives, des spectacles ou des événements « spéciaux », ainsi que dans tout [TRADUCTION] « endroit public » (*Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, art. 34 à 36). L'utilisation de chiens renifleurs est aussi une pratique courante au Royaume-Uni et en Nouvelle-Zélande.

[254] Au Canada, la *Charte* protège les individus contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, et lorsqu'il existe une attente raisonnable en matière de vie privée, le recours à un chien renifleur doit être fondé sur des soupçons raisonnables pour être jugé constitutionnel. Toutefois, dans certains cas, ces soupçons raisonnables concerneront

a particular activity or location. Where this is the case, the court must then determine whether the public interest in preventing, deterring and investigating crime outweighs the individual's right to be free from state interference.

[255] In this case, the appellant's baggage was subjected to a sniffer-dog search as a result of individualized suspicion, and it is therefore unnecessary to determine conclusively whether a random search of his bag would have been constitutional. The trial judge found that the officer's suspicion with respect to Kang-Brown was in place before the sniff occurred and was based on objective facts. There is no reason to interfere with her finding on that point, and the search was therefore reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

[256] I would therefore dismiss this appeal.

Appeal allowed, BASTARACHE, DESCHAMPS *and* ROTHSTEIN JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Dartnell & Lutz, Calgary; Alias A. Sanders, Calgary.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service 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 Quebec: Attorney General of Quebec, Quebec City.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

non pas un individu particulier, mais plutôt une activité particulière ou un lieu particulier. Le cas échéant, le tribunal doit alors déterminer si l'intérêt du public dans la prévention et la dissuasion du crime, ainsi que dans les enquêtes criminelles, l'emporte sur le droit individuel de ne pas être dérangé par l'État.

[255] Dans la présente affaire, les bagages de l'appelant ont fait l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur sur la foi de soupçons précis, et il n'est donc pas nécessaire de déterminer de façon concluante si une fouille au hasard de son sac aurait été constitutionnelle. La juge du procès a conclu que le policier avait des soupçons au sujet de M. Kang-Brown avant l'intervention du chien renifleur et que ses soupçons reposaient sur des faits objectifs. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion qu'elle a tirée à cet égard, et la fouille n'était donc pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

[256] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE, DESCHAMPS *et* ROTHSTEIN *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant : Dartnell & Lutz, Calgary; Alias A. Sanders, Calgary.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales 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 du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 2008 Vol. 1

and Tables

Cited as [2008] 1 S.C.R. { i-li / 569-817

3e cahier, 2008 Vol. 1

et Tables

Renvoi [2008] 1 R.C.S. { i-li / 569-817

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
MARIE RODRIGUE
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 Assistants / Adjointes administratives
LILI-ANNE MCGRAW
MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2008.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2008.

CONTENTS

Title Page i

List of Judges ii

Errata iv

Motions v

Table of Judgments xv

Table of Cases Cited xix

Statutes and Regulations Cited xlii

Authors Cited xlvii

Index 809

Design Services Ltd. *v.* Canada 737

Torts — Negligence — Duty of care — Tendering process — Recovery for pure economic loss — Owner awarding construction contract to non-compliant bidder following "design-build" tendering process — Subcontractors to contractor which should have been awarded contract suing owner in tort for economic loss suffered — Whether owner owed duty of care to subcontractors — Whether claim fits within recognized duty of care category — Whether new duty of care between owner and subcontractors should be recognized.

Evans *v.* Teamsters Local Union No. 31 661

Employment law — Wrongful dismissal — Damages — Duty to mitigate — Union employee wrongfully dismissed after new union executive took office — Whether employee required to mitigate damages by returning to work for same employer.

Lake *v.* Canada (Minister of Justice) 761

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Right to remain in Canada — Extradition — Whether Minister of Justice's decision to surrender fugitive to U.S. breached his mobility rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1).

Extradition — Surrender — Minister of Justice surrendering fugitive to U.S. — Whether extradition unjustifiably infringed fugitive's mobility rights — Whether Minister erred in his assessment of Cotroni factors — Whether Minister failed to provide adequate reasons for surrender — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1).

Extradition — Judicial review of Minister's order — Standard of review — Minister of Justice surrendering fugitive to U.S. — Whether reasonableness standard applies to Minister's decision to order surrender of fugitive when fugitive's rights under Canadian Charter of

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i

Liste des juges iii

Errata iv

Requêtes v

Table des jugements xvii

Table de la jurisprudence xxxi

Lois et règlements cités xlv

Doctrine citée xlvii

Index 813

Design Services Ltd. *c.* Canada 737

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Appel d'offres — Indemnisation d'une perte purement financière — Adjudication par le propriétaire d'un contrat de construction à un soumissionnaire dont la soumission n'est pas conforme, selon un appel d'offres dit « conception-construction » — Recours en responsabilité délictuelle pour pertes financières subies intenté contre le propriétaire par les sous-traitants de l'entrepreneur qui aurait dû obtenir le contrat — Le propriétaire a-t-il une obligation de diligence envers les sous-traitants? — La demande d'indemnisation relève-t-elle d'une catégorie reconnue d'obligation de diligence? — Y a-t-il lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence entre propriétaire et sous-traitants?

Evans *c.* Teamsters Local Union No. 31 661

Employeur et employé — Congédiement injustifié — Dommages-intérêts — Obligation de limiter le préjudice — Employé du syndicat injustement congédié après l'entrée en fonction des nouveaux dirigeants du syndicat — L'employé était-il tenu de limiter son préjudice en retournant travailler pour le même employeur?

Lake *c.* Canada (Ministre de la Justice) 761

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Droit de demeurer au Canada — Extradition — La décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition d'un fugitif vers les États-Unis portait-elle atteinte à la liberté de circulation et d'établissement de l'intéressé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1).

Extradition — Remise à l'État requérant — Décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition d'un fugitif vers les États-Unis — L'extradition portait-elle indûment atteinte à la liberté de circulation et d'établissement du fugitif? — Le ministre a-t-il mal apprécié les facteurs de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Rights and Freedoms engaged — If so, whether Minister's decision was reasonable — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 57.

R. *v.* A.M. **569**

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Schools — Police using sniffer dog to search school for illicit drugs — Positive alert by dog to student's backpack left in school gymnasium leading to examination of content of backpack by police officer, who confirmed presence of illegal drugs — Whether dog sniff constituted search of content of student backpack — If so, whether search reasonable — If search unreasonable, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Police — Police powers — Investigative tools — Sniffer dogs — Whether common law powers of police to investigate crime include use of sniffer dogs.

R. *v.* Dinardo **788**

Criminal law — Trial — Judgments — Duty of trial judge to give reasons — Credibility of complainant — Accused convicted of sexual assault and sexual exploitation of a person with a disability — Complainant's testimony containing inconsistencies — Whether trial judge's reasons sufficient for meaningful appellate review on question of credibility — Whether trial judge sufficiently explained why he rejected accused's denial of guilt and how he resolved significant issues of credibility concerning complainant's testimony.

Criminal law — Evidence — Prior consistent statements — Credibility of complainant — Accused convicted of sexual assault and sexual exploitation of a person with a disability — Complainant's testimony containing inconsistencies — Trial judge considering contents of complainant's prior consistent statements to corroborate her testimony — Whether trial judge's improper use of statements caused prejudice to accused.

R. *v.* Mathieu **723**

Criminal law — Sentencing — Pre-sentence custody — Probation — Eligibility for parole — Sentence of imprisonment of less than two years imposed on accused persons who had already been detained for significant periods before being sentenced — Whether it was also open to trial judge to make probation or parole ineligibility order — Whether time spent in pre-sentence custody can be treated as part of term of imprisonment imposed on accused at time of sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 731(1)(b), 743.6(1.2).

SOMMAIRE (Suite)

l'arrêt Cotroni? — A-t-il justifié suffisamment sa décision? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1).

Extradition — Contrôle judiciaire de l'arrêté d'extradition — Norme de contrôle — Décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition d'un fugitif vers les États-Unis — La norme de la raisonnabilité s'applique-t-elle à la décision du ministre d'ordonner l'extradition d'un fugitif lorsque les droits constitutionnels de ce dernier sont en jeu? — Dans l'affirmative, la décision du ministre était-elle raisonnable? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 57.

R. *c.* A.M. **569**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Écoles — Police utilisant un chien renifleur pour fouiller une école à la recherche de drogues illicites — Réaction positive du chien signalant un sac à dos laissé par un élève dans le gymnase de l'école amenant le policier à examiner le contenu du sac et à confirmer la présence de drogues illégales — L'intervention du chien renifleur constituait-elle une fouille du contenu du sac à dos de l'élève? — Dans l'affirmative, la fouille était-elle non abusive? — Si la fouille était abusive, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Police — Pouvoirs policiers — Outils d'enquête — Chiens renifleurs — Le pouvoir d'effectuer des enquêtes criminelles que la common law confère aux policiers comprend-il celui d'utiliser des chiens renifleurs?

R. *c.* Dinardo **788**

Droit criminel — Procès — Jugements — Obligation du juge du procès de motiver sa décision — Crédibilité de la plaignante — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et d'exploitation sexuelle d'une personne ayant une déficience — Témoignage de la plaignante comportant des incohérences — Les motifs du juge du procès sont-ils suffisants pour permettre un examen valable en appel sur la question de la crédibilité? — Le juge du procès a-t-il suffisamment expliqué pourquoi il a rejeté les dénégations de culpabilité de l'accusé et comment il a résolu les importants problèmes de crédibilité soulevés par le témoignage de la plaignante?

Droit criminel — Preuve — Déclarations antérieures compatibles — Crédibilité de la plaignante — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et d'exploitation sexuelle d'une personne ayant une déficience — Témoignage de la plaignante comportant des incohérences — Prise en compte par le juge du procès du contenu de déclarations antérieures compatibles de la plaignante comme preuve corroborante — L'utilisation des déclarations à mauvais escient par le juge du procès a-t-elle causé un tort à l'accusé?

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

R. *c.* Mathieu **723**

Droit criminel — Détermination de la peine — Détention provisoire — Probation — Admissibilité à la libération conditionnelle — Peine d'emprisonnement de moins de deux ans infligée à des accusés qui avaient déjà purgé une période significative de détention provisoire — Était-il loisible au juge du procès de prononcer également une ordonnance de probation ou d'inadmissibilité à la libération conditionnelle? — La durée de la détention provisoire s'ajoute-t-elle à la peine d'emprisonnement infligée aux accusés au moment de la sentence? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 731(1)b), 743.6(1.2).

2008 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	MARIE RODRIGUE	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 Assistants / Adjointes administratives
LILI-ANNE MCGRAW
MANON PLOUFFE

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA © SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA
OTTAWA, 2008

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. 1075, lines 4 and 5 of the English version. Read "*John A. Myers*, for the applicants" and "*B. Patrick Metcalfe*, for the respondent" instead of "*Alain J. Hogue*, for the applicants" and "*John A. Myers*, for the respondent".

[1998] 1 S.C.R., p. 1075, lines 3 and 4 of the French version. Read "*John A. Myers*, pour les requérants" and "*B. Patrick Metcalfe*, pour l'intimée" instead of "*Alain J. Hogue*, pour les requérants" and "*John A. Myers*, pour l'intimée".

[2000] 2 S.C.R., p. 905, para. 108, line 1 of the French version. Read "B.C.L.R. (3d) 308 (C.A.)" instead of "B.C.L.R. 308 (C.A.)".

[2006] 2 S.C.R., p. 821, para. 62, line 1 of the French version. Read "démontrer" instead of "démonter".

[2007] 3 S.C.R., p. 584, para. 103, line 13 of the French version. Read "l'original" instead of "l'orginal".

[1998] 1 R.C.S., p. 1075, lignes 4 et 5 de la version anglaise. Lire « *John A. Myers*, for the applicants » et « *B. Patrick Metcalfe*, for the respondent » au lieu de « *Alain J. Hogue*, for the applicants » et « *John A. Myers*, for the respondent ».

[1998] 1 R.C.S., p. 1075, lignes 3 et 4 de la version française. Lire « *John A. Myers*, pour les requérants » et « *B. Patrick Metcalfe*, pour l'intimée » au lieu de « *Alain J. Hogue*, pour les requérants » et « *John A. Myers*, pour l'intimée ».

[2000] 2 R.C.S., p. 905, par. 108, 1re ligne de la version française. Lire « B.C.L.R. (3d) 308 (C.A.) » au lieu de « B.C.L.R. 308 (C.A.) ».

[2006] 2 R.C.S., p. 821, par. 62, 1re ligne de la version française. Lire « démontrer » au lieu de « démonter ».

[2007] 3 R.C.S., p. 584, par. 103, ligne 13 de la version française. Lire « l'original » au lieu de « l'orginal ».

MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to May 10, 2008 – 1er janvier au 10 mai 2008)

1244034 Alberta Ltd. v. Walton International Group Inc., (Alta.), 32454, leave to appeal refused with costs, 8.5.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

1346687 Ontario Inc. v. Minister of National Revenue, (F.C.), 32270, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

A.C. v. Director of Child and Family Services, (Man.), 32508, leave to appeal refused with costs, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ameron International Corp. v. Sable Offshore Energy Inc., (N.S.), 32212, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Anchor Pointe Energy Ltd. v. The Queen, (F.C.), 32157, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Apotex Inc. c. Procureur général du Québec, (Qué.), 32396, leave to appeal refused with costs, 10.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Aprile c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32268, leave to appeal refused, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Associated Building Credits Ltd. v. The Queen, (B.C.), 32422, leave to appeal refused with costs, 20.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec c. Corporation Nortel Networks, (Qué.), 32348, leave to appeal refused with costs against the respondent, 21.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens contre l'intimée.

Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec, (Qué.), 32301, leave to appeal refused with costs, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Association patronale des entreprises en construction du Québec c. Isolation Lamar Inc., (Qué.), 32352, leave to appeal refused with costs, 27.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ataliotis v. Danylchuk, (Man.), 32479, leave to appeal refused with costs, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General of Ontario v. Vincent, (Ont.) (Crim.), 32324, leave to appeal refused, 3.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Authorson v. Attorney General of Canada, (Ont.), 32262, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Automobiles Duclos Inc. c. Ford du Canada Ltée, (Qué.), 32413, leave to appeal refused with costs, 10.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Aviva Canada Inc. c. Dubé, (Qué.), 32306, leave to appeal refused with costs, 21.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ayangma v. Treasury Board of Canada, (F.C.), 32498, leave to appeal refused with costs, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

B.M.P. Global Distribution Inc. v. Bank of Nova Scotia, (B.C.), 31930, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 6.3.08, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.

B.S.A. Investors Ltd. v. Douglas Symes & Brissenden, (B.C.), 32148, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Baig v. Guarantee Company of North America, (Ont.), 32465, leave to appeal refused with costs, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ballem v. Delivery Drugs Ltd., (B.C.), 32428, leave to appeal refused with costs, 3.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Barrett v. Wood, (Alta.), 32242, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bédirian c. Procureur général du Canada, (C.F.), 32170, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bégin c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32266, leave to appeal refused, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Belende v. Greenspoon, (Ont.), 32163, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bernier c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32281, leave to appeal refused, 7.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Bérubé v. Attorney General of Quebec, (Que.), 32475, leave to appeal refused with costs, 10.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bezeredi v. Minister of Justice, (B.C.) (Crim.), 32311, leave to appeal refused, 10.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Bittman v. Hudson & Company Insolvency Trustees & Robert Price, (Alta.), 32372, leave to appeal refused, 27.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Borsch v. The Queen, (Man.) (Crim.), 32367, leave to appeal refused, 3.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Breslaw c. Ville de Montréal, (Qué.), 32369, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 28.2.08, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Budd v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32392, leave to appeal refused, 27.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Campbell v. Julta, (Ont.), 32453, leave to appeal refused with costs, 3.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Canada Post Corp. v. Lépine, (Que.), 32299, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Catano v. Minister of Justice, (Ont.) (Crim.), 32380, leave to appeal refused, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Chambre immobilière du grand Montréal c. Ministre du Revenu national, (C.F.), 32404, leave to appeal refused with costs, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Chaput c. Procureur général du Québec, (Qué.) (Crim.), 32278, leave to appeal refused, 8.5.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Cheema v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America, (B.C.) (Crim.), 32131, leave to appeal refused, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Chief Denton George v. The Queen, (Sask.) (Crim.), 32322, leave to appeal refused, 21.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Cimolai v. Children's and Women's Health Centre of British Columbia, (B.C.), 32426, leave to appeal refused with costs, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Citoyens pour une qualité de vie c. Aéroports de Montréal, (Qué.), 32370, leave to appeal refused with costs against the respondent, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens contre l'intimé.

City Centre Aviation Ltd. v. Jazz Air LP, (F.C.), 32308, leave to appeal refused with costs against the respondent, 21.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens contre l'intimée.

City Sand and Gravel Ltd. v. The Queen, (N.L.), 32302, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Commanda c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32279, leave to appeal refused, 8.5.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Commission des lésions professionnelles, (Qué.), 32439, leave to appeal refused with costs, 10.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Commission de la santé et de la sécurité du travail c. J.E. Fortin Inc., (Qué.), 32303, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Conceicao Farms Inc. v. Zeneca Corp., (Ont.), 32274, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Condominium Corporation No. 9813678 v. Statesman Corporation, (Alta.), 32254, leave to appeal refused with costs, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Connors v. The Queen, (N.L.) (Crim.), 32321, leave to appeal refused, 20.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters, (Alta.), 32290, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 6.3.08, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Corporate Aircraft Turnkey Services v. Innotech Aviation Ltd., (Que.), 32304, leave to appeal refused with costs, 27.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Côté c. 9021-9015 Québec Inc. (Sports Experts), (Qué.), 32384, leave to appeal refused with costs, 27.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Cousins v. McColl-Frontenac Inc., (N.B.), 32394, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 3.4.08, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Cragg v. District of West Vancouver, (B.C.), 32346, leave to appeal refused with costs, 7.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

De Trang v. Director of the Edmonton Remand Centre, (Alta.), 32310, leave to appeal refused with costs, 21.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Descôteaux c. Barreau du Québec, (Qué.), 32410, notice of discontinuance filed, 16.4.08, avis de désistement produit.

Diallo c. La Reine, (Ont.) (Crim.), 32382, leave to appeal refused, 20.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Dofasco Inc. v. The Queen, (Ont.), 32414, leave to appeal refused with costs, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Dorsey v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32362, leave to appeal refused, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Duval c. Hydro Québec, (Qué.), 32256, leave to appeal refused, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Dydyk v. Rider, (Ont.), 32383, leave to appeal refused with costs, 6.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Eagle Child v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 32257, leave to appeal refused, 21.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd., (F.C.), 32415, leave to appeal refused with costs, 13.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Estate of Dennis Kvello v. Bunko-Ruys, (Sask.), 32208, leave to appeal refused, 7.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Fédération des policiers et policières municipaux du Québec c. Sûreté du Québec, (Qué.), 32295, leave to appeal refused with costs, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fontaine c. Ernst & Young, (Qué.), 32300, leave to appeal refused 28.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Foster v. Ministry of Community Safety and Correctional Services, (Ont.), 32376, leave to appeal refused with costs, 13.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fouillard v. Rural Municipality of Ellice, (Man.), 32358, leave to appeal refused with costs, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fournier c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32490, leave to appeal refused, 8.5.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Frame v. Frame, (Man.), 32363, leave to appeal refused with costs, 28.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fraternité des policiers et policières de Montréal c. Sûreté du Québec, (Qué.), 32296, leave to appeal refused with costs, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Froese v. Mancinelli, (Ont.), 32371, leave to appeal refused with costs, 7.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

G.S. v. G.G., (Que.) (Crim.), 32385, leave to appeal refused with costs, 8.5.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Garry v. The Queen, (Alta.), 32344, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Genge v. Parrill, (N.L.), 32476, leave to appeal refused with costs, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Giles v. Westminster Savings Credit Union, (B.C.), 32292, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Goodyear Tire and Rubber Co. v. Sorotski, (Sask.), 32373, leave to appeal refused with costs, 21.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Greater Vancouver Regional District v. Melville, (B.C.), 32294, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Guild v. Attorney General of Canada, (F.C.), 32379, leave to appeal refused, 27.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Guimond c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32357, leave to appeal refused, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Gustavson v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32375, leave to appeal refused, 28.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Hannibal v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32156, leave to appeal refused, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Harnum v. Green, (N.L.), 32334, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Henderson v. Executive Director of the Real Estate Council of Alberta, (Alta.), 32374, leave to appeal refused with costs, 27.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Histed v. Law Society of Manitoba, (Man.), 32478, leave to appeal refused with costs, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Horgan v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32471, leave to appeal refused, 10.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Horvath v. Attorney General of Canada on behalf of the Republic of Hungary, (Ont.) (Crim.), 32330, leave to appeal refused, 20.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Hovington c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32263, leave to appeal refused, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Hunt v. Partners Graphic Support Services & Supply, (Ont.), 32360, leave to appeal refused with costs, 28.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

III Canada Acquisition Co. v. Ernst & Young Inc., (Ont.), 32403, leave to appeal refused with costs, 20.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Infant Number 10968 v. The Queen, (Ont.), 32455, leave to appeal refused, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

J.W.R. v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32355, leave to appeal refused, 28.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Jafar v. Boreta, (Alta.), 32228, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jolly v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32441, leave to appeal refused, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Jolly v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32442, leave to appeal refused, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Jordan Financial Ltd. v. Minister of National Revenue, (F.C.), 32271, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Karas v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 32407, leave to appeal refused, 27.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Kennedy Electric Ltd. v. Dana Canada Corp., (Ont.), 32368, leave to appeal refused with costs, 28.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Khawaja v. Attorney General of Canada, (F.C.), 32397, leave to appeal refused, 3.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Kindratsky v. Attorney General of Canada, (F.C.), 32401, leave to appeal refused with costs, 20.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Kirlew v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32315, leave to appeal refused, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Knopf v. Speaker of the House of Commons, (F.C.), 32416, leave to appeal refused with costs, 20.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Knox v. Conservative Party of Canada, (Alta.), 32361, leave to appeal refused with costs, 28.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Koroma v. Bellamy Housing Co-operative Inc., (Ont.), 32288, leave to appeal refused with costs, 7.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lacelle c. Fonds d'indemnisation des services financiers, (Qué.), 32160, leave to appeal refused with costs, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lachappelle v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32272, leave to appeal refused, 21.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Lajeunesse c. Barbe, (Qué.), 32391, leave to appeal refused with costs, 3.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Laljee v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32328, leave to appeal refused, 7.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Lefthand v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 32250, leave to appeal refused, 21.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

LeGrow v. The Queen, (N.S.) (Crim.), 32101, leave to appeal refused, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Lessard-Gauvin c. Comité de révision de la Commission des services juridiques, (Qué.), 32378, leave to appeal refused with costs against the respondent, 14.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens contre l'intimé.

Liang v. Attorney General of Canada on behalf of Republic of France, (Ont.) (Crim.), 32329, leave to appeal refused, 6.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Linamar Holdings Inc. v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32447, leave to appeal refused with costs, 3.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Little v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32273, leave to appeal refused, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Longley v. Attorney General of Canada, (Ont.), 32459, leave to appeal refused, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Loyaltec Inc. v. Engel General Developers Ltd., (Que.), 32320, leave to appeal refused with costs, 7.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Luney v. Luney, (B.C.), 32451, leave to appeal refused, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Lutczyk v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32450, leave to appeal refused, 10.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

MacDougall v. Ontario Northland Transportation Commission, (Ont.), 32284, leave to appeal refused with costs, 21.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens..

Macedo c. Université du Québec à Montréal, (Qué.), 32234, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

MacLeod v. Alternative Recoveries, (Alta.), 32339, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Maheux c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32457, leave to appeal refused, 1.5.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Marchand Syndics Inc. c. Procureur général du Québec, (Qué.), 32238, leave to appeal refused with costs, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

McKenzie v. Minister of Public Safety and Solicitor General, (B.C.), 32398, leave to appeal refused, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Mendieta v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32345, leave to appeal refused, 7.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Miazga v. Estate of Dennis Kvello, (Sask.), 32208, leave to appeal granted, 7.2.08, demande d'autorisation d'appel accordée.

Middleton v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32138, leave to appeal granted, 3.4.08, demande d'autorisation d'appel accordée.

Millar v. The Queen in Right of Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs, Excise and Taxation), (B.C.), 32297, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Minister of Finance for Ontario v. Proctor & Gamble Inc., (Ont.), 32347, notice of discontinuance filed, 11.1.08, avis de désistement produit.

Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport c. Bindra, (Qué.), 32319, leave to appeal granted, 6.3.08, demande d'autorisation d'appel accordée.

Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport c. Bindra, (Qué.), 32319, leave to cross-appeal granted, 6.3.08, demande d'autorisation d'appel incident accordée.

Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport c. Nguyen, (Qué.), 32229, leave to appeal granted, 6.3.08, demande d'autorisation d'appel accordée.

Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport c. Nguyen, (Qué.), 32229, leave to cross-appeal granted, 6.3.08, demande d'autorisation d'appel incident accordée.

Mississaugas of Scugog Island First Nation v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada, (Ont.), 32452, leave to appeal refused with costs against the respondent, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens contre l'intimé.

Moore v. New Brunswick Real Estate Association, (N.B.), 32291, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Moresby Explorers Ltd. v. Attorney General of Canada, (F.C.), 32327, leave to appeal refused with costs, 21.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Morneau Sobeco Ltd. Partnership v. Harbert Distressed Investment Fund, (Ont.), 32335, leave to appeal refused with costs against the respondent, 21.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens contre l'intimée.

Naicker v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32430, leave to appeal refused, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Nakano v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 32497, leave to appeal refused, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Nayaran v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America, (B.C.) (Crim.), 32251, leave to appeal refused, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Nguyen v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32359, leave to appeal granted, 6.3.08, demande d'autorisation d'appel accordée.

Nieto v. The Queen, (Man.) (Crim.), 32275, leave to appeal refused, 6.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Nolan v. Kerry (Canada) Inc., (Ont.), 32205, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Olive Hospitality Inc. v. Woo, (B.C.), 32283, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Pannell v. United States of America, (Ont.) (Crim.), 32399, notice of discontinuance filed, 22.1.08, avis de désistement produit.

Penner v. P. Quintaine & Son Ltd., (Man.), 32473, leave to appeal refused with costs, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Peric v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32124, leave to appeal refused, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Peric v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32402, leave to appeal refused, 6.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Pioneer Family Pools (Hamilton) Inc. v. Walford, (Ont.), 32395, leave to appeal refused with costs, 3.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Polches v. The Queen, (N.B.), 31495, leave to appeal refused, 8.5.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Pomerleau-Fortin c. Chrétien, (Qué.), 32427, leave to appeal refused with costs, 20.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Price v. United States of America, (Ont.) (Crim.), 32218, leave to appeal refused, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Primrose Drilling Venture Ltd. v. Amethyst Petroleums Ltd., (Alta.), 32440, leave to appeal refused with costs, 27.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Quan v. Cusson, (Ont.), 32420, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 3.4.08, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

R. v. Grant, (F.C.) (Crim.), 32181, leave to appeal refused, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

R. v. Osmond, (B.C.) (Crim.), 32336, leave to appeal refused, 21.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

R. v. S.J.L.-G., (Qué.) (Crim.), 32309, leave to appeal granted, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel accordée.

R. v. VSA Highway Maintenance Ltd., (B.C.), 32255, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

R.W. v. H.W., (Ont.), 32349, leave to appeal refused, 14.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Ranbaxy Laboratories Ltd. v. Pfizer Canada Inc., (F.C.), 32245, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ravndahl v. The Queen, (Sask.), 32225, leave to appeal granted, 7.2.08, demande d'autorisation d'appel accordée.

Ravnyshyn v. Drys, (B.C.), 32277, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ray v. Public Guardian and Trustee of Saskatchewan, (Sask.), 32400, leave to appeal refused with costs, 27.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ré c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32264, leave to appeal refused, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Riendeau c. Ville de Québec, (Qué.), 32178, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Riendeau c. Ville de Québec, (Qué.), 32429, leave to appeal refused, 20.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Royal Bank of Canada v. PricewaterhouseCoopers, (Ont.), 32449, leave to appeal granted, 3.4.08, demande d'autorisation d'appel accordée.

Rudnicki c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 31394, leave to appeal refused, 10.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Rudnicki c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 31486, leave to appeal refused, 10.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Rudnicki c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 31487, leave to appeal refused, 10.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Rudnicki c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 31488, leave to appeal refused, 10.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

S.R. c. C.R., (Qué.), 32444, leave to appeal refused, 27.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Sachs v. Air Canada, (F.C.), 32338, leave to appeal refused with costs, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sander Holdings Ltd. v. Attorney General of Canada, (F.C.), 32389, leave to appeal refused with costs, 27.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Scarpitti v. Attorney General of Canada, (B.C.), 32333, notice of discontinuance filed, 4.2.08, avis de désistement produit.

Schreiber v. Minister of Justice, (Ont.) (Crim.), 32365, leave to appeal refused, 6.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Scott v. Blacher, (Ont.), 32285, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Seatle v. Purvis, (B.C.), 32246, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Seifert v. Attorney General of Canada on behalf of the Republic of Italy, (B.C.) (Crim.), 32155, leave to appeal refused, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc., (B.C.), 31981, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 6.3.08, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Shama Textiles Inc. v. Certain Underwriters at Lloyd's, (Que.), 32332, leave to appeal refused with costs, 28.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Singh Rangi v. Singh Rangi, (B.C.), 32386, leave to appeal refused with costs, 27.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sirois c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32267, leave to appeal refused, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Skarstedt c. Corporation Nortel Networks, (Qué.), 32351, leave to appeal refused with costs against the respondent, 21.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens contre l'intimée.

Smeda v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32293, leave to appeal refused, 28.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Smith v. Canadian Brotherhood of Railway, Transport and General Workers, (F.C.), 32350, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Soucy c. Procureur général du Québec, (Qué.), 32406, leave to appeal refused with costs against the respondent, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens contre l'intimé.

Sous-ministre du Revenu du Québec c. Bernier, (Qué.), 32269, leave to appeal refused with costs, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Street v. Richard Niebuhr Enterprises Ltd., (B.C.), 32408, leave to appeal refused with costs, 20.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sumitomo Marine & Fire Insurance Co. v. Canadian National Railway Co., (Que.), 32282, leave to appeal refused with costs, 28.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4707 c. Municipalité du Village de Val-David, (Qué.), 32276, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Syndicat de la copropriété Les Cours Mont-Royal (Tour Sud) c. Soltron Realty Inc., (Qué.), 32305, leave to appeal refused with costs, 7.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Syndicat de professionnelles et professionnels du Gouvernement du Québec c. Commission de la santé et de la sécurité du travail, (Qué.), 32318, leave to appeal refused with costs, 13.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Telecommunications Workers Union v. Telus Communication Inc., (B.C.), 32307, leave to appeal refused with costs, 27.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Terezakis v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32252, leave to appeal refused, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

The Queen in Right of the Province of British Columbia v. Loveridge, (B.C.), 32312, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Thibodeau v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32377, leave to appeal refused, 28.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Tomasson v. Attorney General of Canada, (F.C.), 32298, leave to appeal refused with costs, 24.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Toronto-Dominion Bank v. Cassano, (Ont.), 32424, leave to appeal refused with costs, 27.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Turgeon c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32265, leave to appeal refused, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Vandenbosch v. The Queen, (Man.) (Crim.), 32356, leave to appeal refused, 14.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Veffer v. Minister of Foreign Affairs, (F.C.), 32260, leave to appeal refused with costs against the respondent, 14.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens contre l'intimé.

Vincent c. Conseil de la Nation Huronne Wendake, (Qué.), 32314, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Volzhenin v. Haile, (B.C.), 32227, leave to appeal refused with costs, 21.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wallis v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32145, leave to appeal refused, 6.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

Wilde v. Archean Energy Ltd., (Alta.), 32463, leave to appeal refused with costs, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Williams v. Thomas Development (1989) Corporation, (N.L.), 32326, leave to appeal refused with costs, 31.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wilson v. Revenue Canada, (F.C.), 32437, leave to appeal refused with costs, 1.5.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wingham v. Rooney, (Alta.), 32464, leave to appeal refused with costs, 24.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wyeth and Wyeth Canada v. Ratiopharm Inc., (F.C.), 32287, leave to appeal refused with costs, 7.2.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

X c. Procureur général du Québec, (Qué.), 32343, leave to appeal refused with costs, 6.3.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Yang v. Loh, (B.C.), 32289, leave to appeal refused with costs, 17.1.08, demande d'autorisation d'appel refusée avec dépens.

Yue v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32434, leave to appeal refused, 3.4.08, demande d'autorisation d'appel refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

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

PAGE

620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General) 131

A

A.M., R. v. 569

B

Beatty, R. v. 49
Beaulieu, R. v. 3
British Columbia v. Zastowny 27
British Columbia (Attorney General) v. Insurance Corporation of British Columbia 21

C

C.L.Y., R. v. 5
Canada, Design Services Ltd. v. 737
Canada, Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. 383
Canada (Attorney General), 620 Connaught Ltd. v. 131
Canada (Attorney General) v. Lameman 372
Canada (Minister of Justice), Lake v. 761
Cyr, Société de l'assurance automobile du Québec v. 338

D

Design Services Ltd. v. Canada 737
Dinardo, R. v. 788
Doucette, Juman v. 157
Dunsmuir v. New Brunswick 190

E

Evans v. Teamsters Local Union No. 31 661

PAGE

F

Ferguson, R. v. 96

G

Gibson, R. v. 397

I

Insurance Corporation of British Columbia, British Columbia (Attorney General) v. 21

J

Juman v. Doucette 157

K

Kang-Brown, R. v. 456

L

Lake v. Canada (Minister of Justice) 761
Lameman, Canada (Attorney General) v. 372

M

Mathieu, R. v. 723
McIvor, R. v. 285

N

New Brunswick, Dunsmuir v. 190

O

Ontario, Tele-Mobile Co. v. 305
Ontario, Telus Mobility v. 305

PAGE

R

R. v. A.M. 569
R. v. Beatty 49
R. v. Beaulieu 3
R. v. C.L.Y. 5
R. v. Dinardo 788
R. v. Ferguson 96
R. v. Gibson 397
R. v. Kang-Brown 456
R. v. Mathieu 723
R. v. McIvor 285
R. v. Stirling 272
R. v. Turningrobe 454
R. v. Y. (C.L.) 5

S

Société de l'assurance automobile du Québec v. Cyr 338
Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. Canada 383
Stirling, R. v. 272

PAGE

T

Teamsters Local Union No. 31, Evans v. 661
Tele-Mobile Co. v. Ontario 305
Telus Mobility v. Ontario 305
Turningrobe, R. v. 454

Y

Y. (C.L.), R. v. 5

Z

Zastowny, British Columbia v. 27

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

620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général) 131

A

A.M., R. c. 569

B

Beatty, R. c. 49
Beaulieu, R. c. 3

C

C.L.Y., R. c. 5
Canada, Design Services Ltd. c. 737
Canada, Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick c. 383
Canada (Ministre de la Justice), Lake c. 761
Canada (Procureur général), 620 Connaught Ltd. c. 131
Canada (Procureur général) c. Lameman 372
Colombie-Britannique c. Zastowny 27
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Insurance Corporation of British Columbia .. 21
Cyr, Société de l'assurance automobile du Québec c. 338

D

Design Services Ltd. c. Canada 737
Dinardo, R. c. 788
Doucette, Juman c. 157
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick 190

E

Evans c. Teamsters Local Union No. 31 661

PAGE

F

Ferguson, R. c. 96

G

Gibson, R. c. 397

I

Insurance Corporation of British Columbia, Colombie-Britannique (Procureur général) c. 21

J

Juman c. Doucette 157

K

Kang-Brown, R. c. 456

L

Lake c. Canada (Ministre de la Justice) 761
Lameman, Canada (Procureur général) c. 372

M

Mathieu, R. c. 723
McIvor, R. c. 285

N

Nouveau-Brunswick, Dunsmuir c. 190

PAGE

O

Ontario, Société Télé-Mobile c. 305
Ontario, Telus Mobilité 305

R

R. c. A.M. 569
R. c. Beatty 49
R. c. Beaulieu 3
R. c. C.L.Y. 5
R. c. Dinardo 788
R. c. Ferguson 96
R. c. Gibson 397
R. c. Kang-Brown 456
R. c. Mathieu 723
R. c. McIvor 285
R. c. Stirling 272
R. c. Turningrobe 454
R. c. Y. (C.L.) 5

PAGE

S

Société de l'assurance automobile du Québec c. Cyr 338
Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada 383
Société Télé-Mobile c. Ontario 305
Stirling, R. c. 272

T

Teamsters Local Union No. 31, Evans c. 661
Telus Mobilité c. Ontario 305
Turningrobe, R. c. 454

Y

Y. (C.L.), R. c. 5

Z

Zastowny, Colombie-Britannique c. 27

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
1061590 Ontario Ltd. v. Ontario Jockey Club	(1995), 21 O.R. (3d) 547	378
755568 Ontario Ltd. v. Linchris Homes Ltd.	(1990), 1 O.R. (3d) 649	173

A

Alabama v. White	496 U.S. 325 (1990)	501
Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College	[2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28	209
Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)	[1993] 4 S.C.R. 371	141
Anns v. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	746
Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.	[1947] 2 All E.R. 680	252
Attorney-General for Gibraltar v. May	[1999] 1 W.L.R. 998	183
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 S.C.R. 735	235, 256
Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre	[1982] 1 S.C.R. 175	170
Attorney General of Quebec v. Labrecque	[1980] 2 S.C.R. 1057	364

B

B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	335
Bailey v. Australian Broadcasting Corp.	[1995] 1 Qd. R. 476	183
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	214, 252, 774
Bank of Crete S.A. v. Koskotas (No. 2)	[1992] 1 W.L.R. 919	183
Bazley v. Curry	[1999] 2 S.C.R. 534	32
Blake v. Hudson's Bay Co.	[1988] 1 W.W.R. 176	173
Bonamie, Re	(2001), 293 A.R. 201	774
Brown v. Durham Regional Police Force	(1998), 131 C.C.C. (3d) 1	503

C

C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)	[2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29	214, 260
Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"	(1976), 11 A.L.R. 227	749
Canada v. Schmidt	[1987] 1 S.C.R. 500	771
Canada (Attorney General) v. Foster	(2006), 215 C.C.C. (3d) 59	330
Canada (Attorney General) v. Hislop	[2007] 1 S.C.R. 429, 2007 SCC 10	471
Canada (Attorney General) v. Mossop	[1993] 1 S.C.R. 554	221
Canada (Attorney General) v. Pacific International Securities Inc.	(2005), 209 C.C.C. (3d) 390, 2006 BCCA 303	330
Canada (Commissioner of Official Languages) v. Canada (Department of Justice)	(2001), 194 F.T.R. 181, 2001 FCT 239	391
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748	216
Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454	[1998] 1 S.C.R. 1079	228
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)	[1995] 1 S.C.R. 157	223

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard	[1991] 3 S.C.R. 421	329
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)	[2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4	335
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 S.C.R. 1021	747
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979] 2 S.C.R. 227	214, 249
Cape Breton Beverages Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General)	(1997), 144 D.L.R. (4th) 536	142
Cardinal v. Director of Kent Institution	[1985] 2 S.C.R. 643	235
Cartaway Resources Corp. (Re)	[2004] 1 S.C.R. 672, 2004 SCC 26	225
Cemco Electrical Manufacturing Co. v. Van Snellenberg	[1947] S.C.R. 121	703
Central Trust Co. v. Rafuse	[1986] 2 S.C.R. 147	380
Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills	(1989), 102 N.B.R. (2d) 1	206
Chamberlain v. Surrey School District No. 36	[2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86	214
Childs v. Desormeaux	[2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18	746
Christianson v. North Hill News Inc.	(1993), 106 D.L.R. (4th) 747	674, 705
Cipollone v. Liggett Group, Inc.	785 F.2d 1108 (1986)	174
Cloutier v. Langlois	[1990] 1 S.C.R. 158	488
Clunis v. Camden and Islington Health Authority	[1998] Q.B. 978	40
Commonwealth v. Johnston	530 A.2d 74 (1987)	545
Commonwealth v. Temwood Holdings Pty Ltd.	(2001), 25 W.A.R. 31, [2001] WASC 282	183
Cooper v. Canada (Human Rights Commission)	[1996] 3 S.C.R. 854	472
Cooper v. Hobart	[2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79	746
Cooper v. Wandsworth Board of Works	(1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414	251
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	[1999] 2 S.C.R. 203	118
Council of Canadians with Disabilities v. Via Rail Canada Inc.	[2007] 1 S.C.R. 650, 2007 SCC 15	218
Cox v. Robertson	(1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640	672, 698
Crest Homes plc v. Marks	[1987] 2 All E.R. 1074	175
Crevier v. Attorney General of Quebec	[1981] 2 S.C.R. 220	212

D

D'Amato v. Badger	[1996] 2 S.C.R. 1071	747
Darbishire v. Warran	[1963] 1 W.L.R. 1067	703
De Francesco v. Barnum	(1890), 45 Ch. D. 430	707
Dedman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 2	329, 488, 528, 556, 634, 646
Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1993] 1 S.C.R. 1053	499
Desrochers v. Canada (Industry)	[2007] 3 F.C.R. 3, 2006 FCA 374	352
Doe v. Renfrow	631 F.2d 91 (1980)	609
Donoghue v. Stevenson	[1932] A.C. 562	746
Doucet v. Canada	[2005] 1 F.C.R. 671, 2004 FC 1444	388
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	[2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19	212
Dunsmuir v. New Brunswick	[2008] 1 S.C.R. 190, 2008 SCC 9	364, 779

E

Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 1326	170
Edwards v. Law Society of Upper Canada	[2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80	746

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	123, 389
Eli Lilly and Co. v. Interpharm Inc.	(1993), 161 N.R. 137	173
Eurig Estate (Re)	[1998] 2 S.C.R. 565	136
Executors of the Woodward Estate v. Minister of Finance	[1973] S.C.R. 120	212
F		
Farber v. Royal Trust Co.	[1997] 1 S.C.R. 846	676
Farquhar v. Butler Brothers Supplies Ltd.	(1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89	674, 698
Florida v. Royer	460 U.S. 491 (1983)	508
Forshaw v. Aluminex Extrusions Ltd.	(1989), 39 B.C.L.R. (2d) 140	709
G		
Ganis v. Canada (Minister of Justice)	(2006), 216 C.C.C. (3d) 337	782
Gerrard v. Sackville (Town)	(1992), 124 N.B.R. (2d) 70	237
Gismondi v. Toronto (City)	(2003), 64 O.R. (3d) 688	237
Goodman v. Rossi	(1995), 125 D.L.R. (4th) 613	175, 174
Goudie v. Ottawa (City)	[2003] 1 S.C.R. 141, 2003 SCC 14	378
Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.	[1999] 3 S.C.R. 423	378
H		
H.L. v. Canada (Attorney General)	[2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25	38, 265
Hall v. Hebert	[1993] 2 S.C.R. 159	35
Hanis v. Teevan	(1998), 111 O.A.C. 91	237
Hanson v. Canada (Minister of Justice)	(2005), 195 C.C.C. (3d) 46	782
Harris v. Sweet	[2005] B.C.J. No. 1520 (QL), 2005 BCSC 998	177
Hollis v. Dow Corning Corp.	[1995] 4 S.C.R. 634	708
Home Office v. Harman	[1983] 1 A.C. 280	173
Housen v. Nikolaisen	[2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33	681, 710
Hughes v. Moncton (City)	(1990), 111 N.B.R. (2d) 184	238
Hunt v. T & N plc	(1995), 4 B.C.L.R. (3d) 110	169
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	470, 479, 522, 584, 637, 647
I		
Idziak v. Canada (Minister of Justice)	[1992] 3 S.C.R. 631	255, 773
Illinois v. Caballes	543 U.S. 405 (2005)	476, 522, 604
Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)	[2003] 2 S.C.R. 624, 2003 SCC 58	350
K		
Kamloops (City of) v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2	746
Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia	[1980] 1 S.C.R. 1105	235
Katz v. United States	389 U.S. 347 (1967)	585

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Kindler v. Canada (Minister of Justice)	[1991] 2 S.C.R. 779	778
Knight v. Indian Head School Division No. 19	[1990] 1 S.C.R. 653	207, 346, 369
Knowlton v. The Queen	[1974] S.C.R. 443	540
Kyllo v. United States	533 U.S. 27 (2001)	597
Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd.	(1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1	173

L

Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.	[2001] 2 S.C.R. 743, 2001 SCC 51	170
Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd.	(1985), 50 O.R. (2d) 260	177
Law Society of New Brunswick v. Ryan	[2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20	217, 256
Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction	[1931] S.C.R. 357	143
Laxton Holdings Ltd. v. Madill	[1987] 3 W.W.R. 570	173
Livent Inc. v. Drabinsky	(2001), 53 O.R. (3d) 126	177
Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.	(1990), 33 C.P.R. (3d) 49	177

M

M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.	[1999] 1 S.C.R. 619	747
Machtinger v. HOJ Industries Ltd.	[1992] 1 S.C.R. 986	701
Malloch v. Aberdeen Corp.	[1971] 2 All E.R. 1278	238
Martel Building Ltd. v. Canada	[2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60	745
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board	[1980] 1 S.C.R. 602	235
McGahan v. State	807 P.2d 506 (1991)	545
McLeod v. Egan	[1975] 1 S.C.R. 517	223
Michaud v. RBC Dominion Securities Inc.	[2003] C.L.L.C. ¶ 210-015, 2002 BCCA 630	672
Mifsud v. MacMillan Bathurst Inc.	(1989), 70 O.R. (2d) 701	678
Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.	(1988), 90 A.R. 323	177
Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)	[2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11	232, 258
Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)	[1947] A.C. 265	749
Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)	[2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41	214, 252
Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	[2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6	123
Murphy Oil Co. v. Predator Corp.	(2004), 365 A.R. 326, 2004 ABQB 688	378

N

Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1979] 1 S.C.R. 311	235
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin	[2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54	225

O

Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)	[2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52	251
Odhavji Estate v. Woodhouse	[2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69	746

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education	[1996] 2 S.C.R. 929	141
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	255
Osborne v. Canada (Treasury Board)	[1991] 2 S.C.R. 69	117
Ottawa-Carleton (Regional Municipality) By-law 234-1992 (Re)	[1996] O.M.B.D. No. 553 (QL)	142

P

People v. Dunn	564 N.E.2d 1054 (1990)	545
Perrin v. Beninger	[2004] O.J. No. 2353 (QL)	184
Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)	[1995] 2 S.C.R. 97	170
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1998] 1 S.C.R. 98	216

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	37
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)	[2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39	226
Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)	(1998), 71 S.A.S.R. 223	522

R

R. v. 974649 Ontario Inc.	[2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81	124
R. v. A.M.	[2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19	468, 477, 515, 550
R. v. Abbey	[1982] 2 S.C.R. 24	431, 444
R. v. Aksidan	(2006), 209 C.C.C. (3d) 423, 2006 BCCA 258	279
R. v. Anderson	[1990] 1 S.C.R. 265	78
R. v. Beare	[1988] 2 S.C.R. 387	776
R. v. Béland	[1987] 2 S.C.R. 398	276
R. v. Bellemare	[2001] Q.J. No. 3304 (QL)	446
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	123
R. v. Birchall	(2001), 158 C.C.C. (3d) 340, 2001 BCCA 356	105
R. v. Boersma	[1994] 2 S.C.R. 488	533
R. v. Boucher	[2005] 3 S.C.R. 499, 2005 SCC 72	11, 411, 423
R. v. Braich	[2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27	800
R. v. Braun	(1995), 95 C.C.C. (3d) 443	107
R. v. Brown	[1991] 2 S.C.R. 518	106
R. v. Buhay	[2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30	513, 558, 607, 644
R. v. Cahill	(1992), 13 C.R. (4th) 327	501
R. v. Campanella	(2005), 75 O.R. (3d) 342	636

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Campbell	[1999] 1 S.C.R. 565	183
R. v. Caslake	[1998] 1 S.C.R. 51	488, 596
R. v. Chabot	(1992), 77 C.C.C. (3d) 371	117
R. v. Challice	(1979), 45 C.C.C. (2d) 546	10
R. v. Chief	(1989), 51 C.C.C. (3d) 265	117
R. v. Chittick	(2004), 228 N.S.R. (2d) 81, 2004 NSCA 135	11
R. v. City of Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299	64
R. v. Clayton	(2005), 196 O.A.C. 16	528
R. v. Clayton	[2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32	471, 478, 528, 555, 615
R. v. Colarusso	[1994] 1 S.C.R. 20	603, 644
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	487, 527, 555, 586, 656
R. v. Creighton	[1993] 3 S.C.R. 3	70, 84
R. v. D. (J.J.R.)	(2006), 215 C.C.C. (3d) 252	799
R. v. Davis	[1999] 3 S.C.R. 759	280
R. v. Demers	[2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46	124
R. v. Déry	[2001] Q.J. No. 3205 (QL)	419, 432, 446
R. v. Desjardins	(1996), 182 N.B.R. (2d) 321	117
R. v. Dinh	(2001), 284 A.R. 304, 2001 ABPC 48	505
R. v. Dinh	(2003), 330 A.R. 63, 2003 ABCA 201	485
R. v. Divitaris	(2004), 188 C.C.C. (3d) 390	277
R. v. Doucet	(2003), 222 N.S.R. (2d) 1, 2003 NSSCF 256	390
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30	609
R. v. Dubois	(1990), 62 C.C.C. (3d) 90	428, 444
R. v. Dyment	[1988] 2 S.C.R. 417	472, 593
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128	124, 523, 555, 582, 632, 644
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	123
R. v. Evans	[1993] 2 S.C.R. 629	276, 523, 555, 613, 644
R. v. F. (J.E.)	(1993), 85 C.C.C. (3d) 457	805
R. v. Ferris	(1998), 126 C.C.C. (3d) 298	502
R. v. Fice	[2005] 1 S.C.R. 742, 2005 SCC 32	728
R. v. Finlay	[1993] 3 S.C.R. 103	68
R. v. Fiqia	(1994), 162 A.R. 117	107
R. v. G.C.	[2006] O.J. No. 2245 (QL)	805
R. v. Gagnon	[2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17	17, 281, 800
R. v. Gardiner	[1982] 2 S.C.R. 368	107
R. v. Gaynor	(2000), 272 A.R. 108, 2000 ABPC 104	417
R. v. Gibson	(1992), 72 C.C.C. (3d) 28	410, 432, 446
R. v. Godoy	[1999] 1 S.C.R. 311	488, 530, 556
R. v. Goeujon	(2006), 209 C.C.C. (3d) 61, 2006 BCCA 261	732
R. v. Goltz	[1991] 3 S.C.R. 485	104
R. v. Heideman	(2002), 168 C.C.C. (3d) 542	415, 429, 443
R. v. Henry	[2005] 3 S.C.R. 609, 2005 SCC 76	180
R. v. Hughes	[2007] A.J. No. 740 (QL), 2007 ABPC 180	450

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Hundal	[1993] 1 S.C.R. 867	54, 84
R. v. Jacques	[1996] 3 S.C.R. 312	502, 535, 557
R. v. K. (A.)	(1999), 45 O.R. (3d) 641	431
R. v. Kang-Brown	[2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18	580, 581, 625, 641
R. v. Kelly	(1990), 59 C.C.C. (3d) 497	117
R. v. Kokesch	[1990] 3 S.C.R. 3	494, 597
R. v. Kumar	(1993), 85 C.C.C. (3d) 417	117
R. v. Lal	(1998), 113 B.C.A.C. 47	502, 616
R. v. Lapierre	(1998), 123 C.C.C. (3d) 332	117
R. v. Latour	(1997), 116 C.C.C. (3d) 279	434
R. v. Lavallee	[1990] 1 S.C.R. 852	431
R. v. Law	[2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10	472, 623, 644
R. v. Lawrence	(1987), 58 C.R. (3d) 71	107
R. v. Levasseur	(1994), 89 C.C.C. (3d) 508	10
R. v. Lifchus	[1997] 3 S.C.R. 320	444
R. v. Lohrer	[2004] 3 S.C.R. 732, 2004 SCC 80	16
R. v. Luxton	[1990] 2 S.C.R. 711	114
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	776
R. v. M. (M.R.)	[1998] 3 S.C.R. 393	493, 580. 598, 628, 645
R. v. Mack	[1988] 2 S.C.R. 903	501, 615
R. v. MacKenzie	[1993] 1 S.C.R. 212	10
R. v. Madeley	(2002), 160 O.A.C. 346	117
R. v. Mann	[1966] S.C.R. 238	87
R. v. Mann	[2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52	471, 478, 529, 558, 596, 646
R. v. McCarthy	(2005), 239 N.S.R. (2d) 23, 2005 NSPC 49	510
R. v. McGillivary	(1991), 62 C.C.C. (3d) 407	117
R. v. McKinlay Transport Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 627	613
R. v. Mellenthin	[1992] 3 S.C.R. 615	488, 613
R. v. Mercer	(2004), 45 Alta. L.R. (4th) 144, 2004 ABPC 94	497
R. v. Milne	(2006), 43 M.V.R. (5th) 167, 2006 ABPC 331	450
R. v. Minuskin	(2003), 68 O.R. (3d) 577	11
R. v. Moen	(2007), 48 C.R. (6th) 361, 2007 BCSC 376	436
R. v. Mohan	[1994] 2 S.C.R. 9	430
R. v. Monney	[1999] 1 S.C.R. 652	493, 536, 557
R. v. Moreau	[1979] 1 S.C.R. 261	413
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345	9
R. v. Morrissey	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193	12, 19
R. v. Morrisey	[2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39	104
R. v. Murray	(1999), 136 C.C.C. (3d) 197	546
R. v. Nault	[2001] Q.J. No. 3201 (QL)	446
R. v. Nedelcu	(2007), 41 C.P.C. (6th) 357	180
R. v. Netser	(1992), 70 C.C.C. (3d) 477	117

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Noros-Adams	(2003), 175 Man. R. (2d) 68, 2003 MBQB 130	416, 437
R. v. O'Connor	(1995), 100 C.C.C. (3d) 285	276
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	472
R. v. Pappajohn	[1980] 2 S.C.R. 120	64
R. v. Phillips	(1988), 42 C.C.C. (3d) 150	426
R. v. Plant	[1993] 3 S.C.R. 281	556, 595, 647
R. v. Proudlock	[1979] 1 S.C.R. 525	412, 419
R. v. Proulx	[2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5	294, 732
R. v. R. (J.)	(2000), 84 Alta. L.R. (3d) 92, 2000 ABCA 196	279
R. v. Rose	[1998] 3 S.C.R. 262	118
R. v. S. (R.J.)	[1995] 1 S.C.R. 451	187
R. v. S. (W.D.)	[1994] 3 S.C.R. 521	10
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	496
R. v. Schofield	(1996), 148 N.S.R. (2d) 175	279
R. v. Schrenk	(2007), 215 Man. R. (2d) 212, 2007 MBQB 93	510
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	118, 434
R. v. Serendip Physiotherapy Clinic	(2004), 189 C.C.C. (3d) 417	188
R. v. Sharpe	[2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2	120
R. v. Sheppard	[2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26	799
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	493, 525, 557, 632
R. v. Simpson	[1988] 1 S.C.R. 3	276
R. v. Simpson	(1993), 12 O.R. (3d) 182	502, 535
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045	106
R. v. St. Pierre	[1995] 1 S.C.R. 791	410, 427
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	513, 534, 623, 656
R. v. Stirling	[2008] 1 S.C.R. 272, 2008 SCC 10	804
R. v. Tessling	[2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67	484, 523, 556, 582, 631, 647
R. v. Thatcher	[1987] 1 S.C.R. 652	108
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	656
R. v. Thiffeault	[2001] Q.J. No. 3198 (QL)	446
R. v. Thompson	[1990] 2 S.C.R. 1111	609
R. v. Truong	(2002), 168 C.C.C. (3d) 132, 2002 BCCA 315	541
R. v. Tutton	[1989] 1 S.C.R. 1392	66
R. v. Vaillancourt	[1987] 2 S.C.R. 636	66
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742	8, 18, 796
R. v. W. (R.)	[1992] 2 S.C.R. 122	17, 802
R. v. Waite	[1989] 1 S.C.R. 1436	66
R. v. Waterfield	[1963] 3 All E.R. 659	488, 527
R. v. Wiggins	[1990] 1 S.C.R. 62	609
R. v. Wiles	[2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84	106
R. v. Willock	(2006), 210 C.C.C. (3d) 60	79, 89
R. v. Wise	[1992] 1 S.C.R. 527	523, 582
R. v. Wong	[1990] 3 S.C.R. 36	473, 524, 557, 582
R. v. Woods	[2005] 2 S.C.R. 205, 2005 SCC 42	536
R. v. Wust	[2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18	727

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Zebedee	(2006), 211 C.C.C. (3d) 199	279
Rank Film Distributors Ltd. v. Video Information Centre	[1982] A.C. 380	182
Rayman Investments and Management Inc. v. Canada Mortgage and Housing Corp.	[2007] B.C.J. No. 628 (QL), 2007 BCSC 384	173
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	65, 472
Red Deer College v. Michaels	[1976] 2 S.C.R. 324	678, 703
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	126
Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners	[2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14	226
Reglin v. Creston (Town)	(2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790	237
Reibl v. Hughes	[1980] 2 S.C.R. 880	678, 708
Reid v. Georgia	448 U.S. 438 (1980)	503
Reilly v. The King	[1934] A.C. 176	354
Ridge v. Baldwin	[1963] 2 All E.R. 66	234
Rocca Enterprises Ltd. v. University Press of New Brunswick Ltd.	(1989), 103 N.B.R. (2d) 224	173
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	261
Rosen v. Saskatoon District Health Board	[2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40	238
Rosen v. Saskatoon District Health Board	(2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83	237
Ross v. Henriques	[2007] B.C.J. No. 2023 (QL), 2007 BCSC 1381	170
Ross v. United States of America	(1994), 93 C.C.C. (3d) 500	786

S

Schachter v. Canada	[1992] 2 S.C.R. 679	116
School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)	(2000), 94 L.A.C. (4th) 56	242
Scuzzy Creek Hydro & Power Inc. v. Tercon Contractors Ltd.	(1998), 27 C.P.C. (4th) 252	177
Seshia v. Health Sciences Centre	(2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151	237
Shaw Estate v. Oldroyd	[2007] B.C.J. No. 1310 (QL), 2007 BCSC 866	173
Sheppe v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 22	784
Sibron v. New York	392 U.S. 40 (1968)	507
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	393
Slavutych v. Baker	[1976] 1 S.C.R. 254	172
Smith v. Aker Kvaerner Canada Inc.	[2005] B.C.J. No. 150 (QL), 2005 BCSC 117	706
Smith v. Jones	[1999] 1 S.C.R. 455	176
Solosky v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 821	183
State v. Pellicci	580 A.2d 710 (1990)	545
State Rail Authority of New South Wales v. Wiegold	(1991), 25 N.S.W.L.R. 500	39
Stein v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802	710
Stewart v. Canada (Minister of Justice)	(1998), 131 C.C.C. (3d) 423	782
Stickney v. Trusz	(1973), 2 O.R. (2d) 469	170
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1	214, 255, 781
Sybron Corp. v. Barclays Bank Plc.	[1985] 1 Ch. 299	183

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE

T

Terry v. Ohio	392 U.S. 1 (1968)	602
The Queen in right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.	[1981] 1 S.C.R. 111	747
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation & Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425	329, 613
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79	[2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63	217, 267
Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15	[1997] 1 S.C.R. 487	223
Transamerica Life Insurance Co. of Canada v. Canada Life Assurance Co.	(1996), 28 O.R. (3d) 423	378
Tricontinental Investments Co. v. Guarantee Co. of North America	(1982), 39 O.R. (2d) 614	170
Tucson Properties Ltd. v. Sentry Resources Ltd.	(1982), 22 Alta. L.R. (2d) 44	378
Tyler v. M.N.R.	[1991] 2 F.C. 68	184

U

U.E.S., Local 298 v. Bibeault	[1988] 2 S.C.R. 1048	213, 252
U.S. v. Jones	351 F. Supp. 132 (1972)	333
Ultramares Corp. v. Touche	174 N.E. 441 (1931)	757
United States v. Allard	[1987] 1 S.C.R. 564	771
United States v. Burns	[2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7	778
United States v. Eustaquio	198 F.3d 1068 (1999)	509
United States v. Jacobsen	466 U.S. 109 (1984)	604
United States v. Place	462 U.S. 696 (1983)	534, 560, 604
United States v. Sokolow	490 U.S. 1 (1989)	507
United States of America v. Cotroni	[1989] 1 S.C.R. 1469	765
United States of America v. Fordham	(2005), 196 C.C.C. (3d) 39	782
United States of America v. Gillingham	(2004), 184 C.C.C. (3d) 97	782
United States of America v. Jamieson	[1996] 1 S.C.R. 465	786
United States of America v. Kunze	(2005), 194 C.C.C. (3d) 422	782
United States of America v. Kwok	[2001] 1 S.C.R. 532, 2001 SCC 18	771
United States of America v. Maydak	(2004), 190 C.C.C. (3d) 71	782
United States of America v. Taylor	(2003), 175 C.C.C. (3d) 185	774
United States of America v. Whitley	(1994), 94 C.C.C. (3d) 99	786
United States of Mexico v. Hurley	(1997), 35 O.R. (3d) 481	774
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)	[2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19	225

V

Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92	[2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23	219
Vriend v. Alberta	[1998] 1 S.C.R. 493	120

W

Wallace v. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 701	242, 679, 701
Wells v. Newfoundland	[1999] 3 S.C.R. 199	238, 353, 364, 703

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority	[1999] 3 S.C.R. 134	141
Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)	[1998] 1 S.C.R. 322	225, 256
Wewaykum Indian Band v. Canada	[2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79	379
Wilson v. McCoy	(2006), 59 B.C.L.R. (4th) 1, 2006 BCSC 1011	173
Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.	[1995] 1 S.C.R. 85	748
Worrall v. British Railways Board	[1999] E.W.J. No. 2025 (QL)	41

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
1061590 Ontario Ltd. c. Ontario Jockey Club	(1995), 21 O.R. (3d) 547	378
755568 Ontario Ltd. c. Linchris Homes Ltd.	(1990), 1 O.R. (3d) 649	173

A

Alabama c. White	496 U.S. 325 (1990)	501
Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College	[2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28	209
Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)	[1993] 4 R.C.S. 371	141
Anns c. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	746
Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corp.	[1947] 2 All E.R. 680	252
Attorney-General for Gibraltar c. May	[1999] 1 W.L.R. 998	183

B

B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 R.C.S. 315	335
Bailey c. Australian Broadcasting Corp.	[1995] 1 Qd. R. 476	183
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	214, 252, 774
Bande indienne Wewaykum c. Canada	[2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79	379
Bank of Crete S.A. c. Koskotas (No. 2)	[1992] 1 W.L.R. 919	183
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan	[2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20	217, 256
Bazley c. Curry	[1999] 2 R.C.S. 534	32
Blake c. Hudson's Bay Co.	[1988] 1 W.W.R. 176	173
Bonamie, Re	(2001), 293 A.R. 201	774
Brown c. Durham Regional Police Force	(1998), 131 C.C.C. (3d) 1	503

C

Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge « Willemstad »	(1976), 11 A.L.R. 227	749
Canada c. Schmidt	[1987] 1 R.C.S. 500	771
Canada (Attorney General) c. Foster	(2006), 215 C.C.C. (3d) 59	330
Canada (Attorney General) c. Pacific International Securities Inc.	(2005), 209 C.C.C. (3d) 390, 2006 BCCA 303	330
Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Ministère de la Justice)	(2001), 194 F.T.R. 181, 2001 CFPI 239	391
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748	216
Canada (Procureur général) c. Hislop	[2007] 1 R.C.S. 429, 2007 CSC 10	471
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554	221
Canada Safeway Ltd. c. SGDMR, section locale 454	[1998] 1 R.C.S. 1079	228
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)	[2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4	335
Cape Breton Beverages Ltd. c. Nova Scotia (Attorney General)	(1997), 144 D.L.R. (4th) 536	143
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent	[1985] 2 R.C.S. 643	235

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Cartaway Resources Corp. (Re)	[2004] 1 R.C.S. 672, 2004 CSC 26	225
Cemco Electrical Manufacturing Co. c. Van Snellenberg	[1947] R.C.S. 121	703
Central Trust Co. c. Rafuse	[1986] 2 R.C.S. 147	380
Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)	[2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41	214, 252
Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills	(1989), 102 R.N.-B. (2e) 1	206
Chamberlain c. Surrey School District No. 36	[2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86	214
Childs c. Desormeaux	[2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18	746
Christianson c. North Hill News Inc.	(1993), 106 D.L.R. (4th) 747	674, 705
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 R.C.S. 1021	747
Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)	[2003] 2 R.C.S. 624, 2003 CSC 58	350
Cipollone c. Liggett Group, Inc.	785 F.2d 1108 (1986)	174
Cloutier c. Langlois	[1990] 1 R.C.S. 158	488
Clunis c. Camden and Islington Health Authority	[1998] Q.B. 978	40
Commonwealth c. Johnston	530 A.2d 74 (1987)	545
Commonwealth c. Temwood Holdings Pty Ltd.	(2001), 25 W.A.R. 31, [2001] WASC 282	183
Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15	[1997] 1 R.C.S. 487	223
Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.	[2007] 1 R.C.S. 650, 2007 CSC 15	218
Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)	[1996] 3 R.C.S. 854	471
Cooper c. Hobart	[2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79	746
Cooper c. Wandsworth Board of Works	(1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414	251
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1999] 2 R.C.S. 203	118
Cox c. Robertson	(1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640	672, 698
Crest Homes plc c. Marks	[1987] 2 All E.R. 1074	175
Crevier c. Procureur général du Québec	[1981] 2 R.C.S. 220	212

D

D'Amato c. Badger	[1996] 2 R.C.S. 1071	747
Darbishire c. Warran	[1963] 1 W.L.R. 1067	703
De Francesco c. Barnum	(1890), 45 Ch. D. 430	707
Dedman c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 2	329, 488, 528, 556, 634, 646
Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1993] 1 R.C.S. 1053	499
Desrochers c. Canada (Industrie)	[2007] 3 R.C.F. 3, 2006 CAF 374	352
Doe c. Renfrow	631 F.2d 91 (1980)	609
Donoghue c. Stevenson	[1932] A.C. 562	746
Doucet c. Canada	[2005] 1 R.C.F. 671, 2004 CF 1444	388
Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	[2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19	212
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	[2008] 1 R.C.S. 190, 2008 CSC 9	364, 779

E

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)	[1989] 2 R.C.S. 1326	170
Edwards c. Barreau du Haut-Canada	[2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80	746

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	123, 389
Eli Lilly and Co. c. Interpharm Inc.	(1993), 161 N.R. 137	173
États-Unis c. Allard	[1987] 1 R.C.S. 564	771
États-Unis c. Burns	[2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7	778
États-Unis d'Amérique c. Cotroni	[1989] 1 R.C.S. 1469	765
États-Unis d'Amérique c. Jamieson	[1996] 1 R.C.S. 465	786
États-Unis d'Amérique c. Kwok	[2001] 1 R.C.S. 532, 2001 CSC 18	771
F		
Farber c. Cie Trust Royal	[1997] 1 R.C.S. 846	676
Farquhar c. Butler Brothers Supplies Ltd.	(1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89	674, 698
Florida c. Royer	460 U.S. 491 (1983)	508
Forshaw c. Aluminex Extrusions Ltd.	(1989), 39 B.C.L.R. (2d) 140	709
G		
Ganis c. Canada (Minister of Justice)	(2006), 216 C.C.C. (3d) 337	782
Gerrard c. Sackville (Ville)	(1992), 124 R.N.-B. (2e) 70	237
Gismondi c. Toronto (City)	(2003), 64 O.R. (3d) 688	237
Goodman c. Rossi	(1995), 125 D.L.R. (4th) 613	174
Goudie c. Ottawa (Ville)	[2003] 1 R.C.S. 141, 2003 CSC 14	378
Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.	[1999] 3 R.C.S. 423	378
H		
H.L. c. Canada (Procureur général)	[2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25	38, 265
Hall c. Hebert	[1993] 2 R.C.S. 159	35
Hanis c. Teevan	(1998), 111 O.A.C. 91	237
Hanson c. Canada (Minister of Justice)	(2005), 195 C.C.C. (3d) 46	782
Harris c. Sweet	[2005] B.C.J. No. 1520 (QL), 2005 BCSC 998	177
Hollis c. Dow Corning Corp.	[1995] 4 R.C.S. 634	708
Home Office c. Harman	[1983] 1 A.C. 280	173
Housen c. Nikolaisen	[2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33	681, 710
Hughes c. Moncton (Ville)	(1990), 111 R.N.-B. (2e) 184	238
Hunt c. T & N plc	(1995), 4 B.C.L.R. (3d) 110	169
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	469, 479, 522, 584, 637, 647
I		
Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)	[1992] 3 R.C.S. 631	255, 773
Illinois c. Caballes	543 U.S. 405 (2005)	476, 522, 604
K		
Kamloops (Ville de) c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2	746
Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique	[1980] 1 R.C.S. 1105	235

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Katz c. United States	389 U.S. 347 (1967)	585
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)	[1991] 2 R.C.S. 779	778
Knight c. Indian Head School Division No. 19	[1990] 1 R.C.S. 653	207, 346, 369
Knowlton c. La Reine	[1974] R.C.S. 443	540
Kyllo c. United States	533 U.S. 27 (2001)	597
Kyuquot Logging Ltd. c. British Columbia Forest Products Ltd.	(1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1	173

L

La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.	[1981] 1 R.C.S. 111	747
Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.	[2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51	170
Lac Minerals Ltd. c. New Cinch Uranium Ltd.	(1985), 50 O.R. (2d) 260	177
Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction	[1931] R.C.S. 357	143
Laxton Holdings Ltd. c. Madill	[1987] 3 W.W.R. 570	173
Livent Inc. c. Drabinsky	(2001), 53 O.R. (3d) 126	177
Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.	(1990), 33 C.P.R. (3d) 49	177

M

M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée	[1999] 1 R.C.S. 619	747
Machtinger c. HOJ Industries Ltd.	[1992] 1 R.C.S. 986	701
Malloch c. Aberdeen Corp.	[1971] 2 All E.R. 1278	238
Martel Building Ltd. c. Canada	[2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60	745
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui	[1980] 1 R.C.S. 602	235
McGahan c. State	807 P.2d 506 (1991)	545
McLeod c. Egan	[1975] 1 R.C.S. 517	223
Michaud c. RBC Dominion Securities Inc.	[2003] C.L.L.C. ¶ 210-015, 2002 BCCA 630	672
Mifsud c. MacMillan Bathurst Inc.	(1989), 70 O.R. (2d) 701	678
Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. c. Caterpillar Tractor Co.	(1988), 90 A.R. 323	177
Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)	[2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11	232, 258
Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners)	[1947] A.C. 265	749
Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	[2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6	123
Murphy Oil Co. c. Predator Corp.	(2004), 365 A.R. 326, 2004 ABQB 688	378

N

Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1979] 1 R.C.S. 311	235
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin	[2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54	225

O

Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)	[2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52	252
Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York	[1996] 2 R.C.S. 929	141

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Operation Dismantle Inc. c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 441	256
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)	[1991] 2 R.C.S. 69	117
Ottawa-Carleton (Regional Municipality) By-law 234-1992 (Re)	[1996] O.M.B.D. No. 553 (QL)	142

P

People c. Dunn	564 N.E.2d 1054 (1990)	545
Perrin c. Beninger	[2004] O.J. No. 2353 (QL)	184
Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)	[1995] 2 R.C.S. 97	170
Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority	[1999] 3 R.C.S. 134	141
Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre	[1982] 1 R.C.S. 175	170
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 R.C.S. 735	235, 256
Procureur général du Québec c. Labrecque	[1980] 2 R.C.S. 1057	364
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1998] 1 R.C.S. 982	216

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	38
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)	[2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39	226
Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)	(1998), 71 S.A.S.R. 223	522

R

R. c. 974649 Ontario Inc.	[2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81	124
R. c. A.M.	[2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19	468, 477, 515, 550
R. c. Abbey	[1982] 2 R.C.S. 24	431, 444
R. c. Aksidan	(2006), 209 C.C.C. (3d) 423, 2006 BCCA 258	279
R. c. Anderson	[1990] 1 R.C.S. 265	78
R. c. Beare	[1988] 2 R.C.S. 387	776
R. c. Béland	[1987] 2 R.C.S. 398	276
R. c. Bellemare	[2001] J.Q. nº 3304 (QL)	446
R. c. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 R.C.S. 295	123
R. c. Birchall	(2001), 158 C.C.C. (3d) 340, 2001 BCCA 356	105
R. c. Boersma	[1994] 2 R.C.S. 488	533
R. c. Boucher	[2005] 3 R.C.S. 499, 2005 CSC 72	11, 411, 423
R. c. Braich	[2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27	800
R. c. Braun	(1995), 95 C.C.C. (3d) 443	107
R. c. Brown	[1991] 2 R.C.S. 518	106
R. c. Buhay	[2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30	513, 558, 607, 644

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Cahill	(1992), 13 C.R. (4th) 327	501
R. c. Campanella	(2005), 75 O.R. (3d) 342	636
R. c. Campbell	[1999] 1 R.C.S. 565	183
R. c. Caslake	[1998] 1 R.C.S. 51	488, 596
R. c. Chabot	[1992] R.J.Q. 2102	117
R. c. Challice	(1979), 45 C.C.C. (2d) 546	10
R. c. Chief	(1989), 51 C.C.C. (3d) 265	117
R. c. Chittick	(2004), 228 N.S.R. (2d) 81, 2004 NSCA 135	11
R. c. Clayton	(2005), 196 O.A.C. 16	528
R. c. Clayton	[2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32	471, 478, 528, 555, 615
R. c. Colarusso	[1994] 1 R.C.S. 20	603, 644
R. c. Collins	[1987] 1 R.C.S. 265	487, 527, 555, 586, 656
R. c. Creighton	[1993] 3 R.C.S. 3	71, 84
R. c. D. (J.J.R.)	(2006), 215 C.C.C. (3d) 252	799
R. c. Davis	[1999] 3 R.C.S. 759	280
R. c. Demers	[2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46	124
R. c. Déry	[2001] J.Q. n° 3205 (QL)	419, 432, 446
R. c. Desjardins	(1996), 182 R.N.-B. (2e) 321	117
R. c. Dinh	(2001), 284 A.R. 304, 2001 ABPC 48	505
R. c. Dinh	(2003), 330 A.R. 63, 2003 ABCA 201	485
R. c. Divitaris	(2004), 188 C.C.C. (3d) 390	277
R. c. Doucet	(2003), 222 N.S.R. (2d) 1, 2003 NSSCF 256	390
R. c. Duarte	[1990] 1 R.C.S. 30	609
R. c. Dubois	(1990), 62 C.C.C. (3d) 90	428, 445
R. c. Dyment	[1988] 2 R.C.S. 417	472, 593
R. c. Edwards	[1996] 1 R.C.S. 128	124, 523, 555, 582, 632, 644
R. c. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 713	123
R. c. Evans	[1996] 1 R.C.S. 8	276, 523, 555, 613, 644
R. c. F. (J.E.)	(1993), 85 C.C.C. (3d) 457	805
R. c. Ferris	(1998), 126 C.C.C. (3d) 298	502
R. c. Fice	[2005] 1 R.C.S. 742, 2005 CSC 32	728
R. c. Finlay	[1993] 3 R.C.S. 103	68
R. c. Fiqia	(1994), 162 A.R. 117	107
R. c. G.C.	[2006] O.J. No. 2245 (QL)	805
R. c. Gagnon	[2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17	17, 281, 800
R. c. Gardiner	[1982] 2 R.C.S. 368	107
R. c. Gaynor	(2000), 272 A.R. 108, 2000 ABPC 104	417
R. c. Gibson	(1992), 72 C.C.C. (3d) 28	410, 417, 432, 446
R. c. Godoy	[1999] 1 R.C.S. 311	488, 530, 556
R. c. Goeujon	(2006), 209 C.C.C. (3d) 61, 2006 BCCA 261	732
R. c. Goltz	[1991] 3 R.C.S. 485	104
R. c. Heideman	(2002), 168 C.C.C. (3d) 542	415, 429, 443
R. c. Henry	[2005] 3 R.C.S. 609, 2005 CSC 76	180

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI PAGE
R. c. Hughes	[2007] A.J. No. 740 (QL), 2007 ABPC 180 450
R. c. Hundal	[1993] 1 R.C.S. 867 ..... 54, 84
R. c. Jacques	[1996] 3 R.C.S. 312 ..... 502, 535, 557
R. c. K. (A.)	(1999), 45 O.R. (3d) 641 431
R. c. Kang-Brown	[2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18 ..... 580, 581, 625, 641
R. c. Kelly	(1990), 59 C.C.C. (3d) 497 117
R. c. Kokesch	[1990] 3 R.C.S. 3 ..... 494, 597
R. c. Kumar	(1993), 85 C.C.C. (3d) 417 117
R. c. Lal	(1998), 113 B.C.A.C. 47 ..... 502, 616
R. c. Lapierre	[1998] R.J.Q. 677 117
R. c. Latour	(1997), 116 C.C.C. (3d) 279 434
R. c. Lavallee	[1990] 1 R.C.S. 852 431
R. c. Law	[2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10 ..... 473, 623, 644
R. c. Lawrence	(1987), 58 C.R. (3d) 71 107
R. c. Levasseur	(1994), 89 C.C.C. (3d) 508 10
R. c. Lifchus	[1997] 3 R.C.S. 320 444
R. c. Lohrer	[2004] 3 R.C.S. 732, 2004 CSC 80 16
R. c. Luxton	[1990] 2 R.C.S. 711 114
R. c. Lyons	[1987] 2 R.C.S. 309 776
R. c. M. (M.R.)	[1998] 3 R.C.S. 393 ..... 493, 580, 598, 628, 645
R. c. Mack	[1988] 2 R.C.S. 903 ..... 501, 615
R. c. MacKenzie	[1993] 1 R.C.S. 212 10
R. c. Madeley	(2002), 160 O.A.C. 346 117
R. c. Mann	[1966] R.C.S. 238 87
R. c. Mann	[2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52 ..... 471, 478, 529, 558, 596, 646
R. c. McCarthy	(2005), 239 N.S.R. (2d) 23, 2005 NSPC 49 510
R. c. McGillivary	(1991), 62 C.C.C. (3d) 407 117
R. c. McKinlay Transport Ltd.	[1990] 1 R.C.S. 627 613
R. c. Mellenthin	[1992] 3 R.C.S. 615 ..... 488, 613
R. c. Mercer	(2004), 45 Alta. L.R. (4th) 144, 2004 ABPC 94 497
R. c. Milne	(2006), 43 M.V.R. (5th) 167, 2006 ABPC 331 450
R. c. Minuskin	(2003), 68 O.R. (3d) 577 11
R. c. Moen	(2007), 48 C.R. (6th) 361, 2007 BCSC 376 436
R. c. Mohan	[1994] 2 R.C.S. 9 430
R. c. Monney	[1999] 1 R.C.S. 652 ..... 493, 536, 557
R. c. Moreau	[1979] 1 R.C.S. 261 413
R. c. Morin	[1988] 2 R.C.S. 345 9
R. c. Morrissey	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193 ..... 12, 19
R. c. Morrisey	[2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39 104
R. c. Murray	(1999), 136 C.C.C. (3d) 197 546
R. c. Nault	[2001] J.Q. nº 3201 (QL) 446
R. c. Nedelcu	(2007), 41 C.P.C. (6th) 357 180

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Netser	(1992), 70 C.C.C. (3d) 477	117
R. c. Noros-Adams	(2003), 175 Man. R. (2d) 68, 2003 MBQB 130	416, 437
R. c. O'Connor	(1995), 100 C.C.C. (3d) 285	276
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	472
R. c. Pappajohn	[1980] 2 R.C.S. 120	64
R. c. Phillips	(1988), 42 C.C.C. (3d) 150	426
R. c. Plant	[1993] 3 R.C.S. 281	556, 595, 647
R. c. Proudlock	[1979] 1 R.C.S. 525	412, 429
R. c. Proulx	[2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5	294, 732
R. c. R. (J.)	(2000), 84 Alta. L.R. (3d) 92, 2000 ABCA 196	279
R. c. Rose	[1998] 3 R.C.S. 262	118
R. c. S. (R.J.)	[1995] 1 R.C.S. 451	187
R. c. S. (W.D.)	[1994] 3 R.C.S. 521	10
R. c. Salituro	[1991] 3 R.C.S. 654	496
R. c. Schofield	(1996), 148 N.S.R. (2d) 175	279
R. c. Schrenk	(2007), 215 Man. R. (2d) 212, 2007 MBQB 93	510
R. c. Seaboyer	[1991] 2 R.C.S. 577	118, 434
R. c. Serendip Physiotherapy Clinic	(2004), 189 C.C.C. (3d) 417	188
R. c. Sharpe	[2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2	120
R. c. Sheppard	[2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26	799
R. c. Simmons	[1988] 2 R.C.S. 495	493, 525, 557, 632
R. c. Simpson	[1988] 1 R.C.S. 3	276
R. c. Simpson	(1993), 12 O.R. (3d) 182	502, 535
R. c. Smith	[1987] 1 R.C.S. 1045	106
R. c. St. Pierre	[1995] 1 R.C.S. 791	410, 427
R. c. Stillman	[1997] 1 R.C.S. 607	513, 534, 623, 656
R. c. Stirling	[2008] 1 R.C.S. 272, 2008 CSC 10	804
R. c. Tessling	[2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67	484, 523, 556, 582, 632, 647
R. c. Thatcher	[1987] 1 R.C.S. 652	108
R. c. Therens	[1985] 1 R.C.S. 613	656
R. c. Thiffeault	[2001] J.Q. nº 3198 (QL)	446
R. c. Thompson	[1990] 2 R.C.S. 1111	609
R. c. Truong	(2002), 168 C.C.C. (3d) 132, 2002 BCCA 315	541
R. c. Tutton	[1989] 1 R.C.S. 1392	66
R. c. Vaillancourt	[1987] 2 R.C.S. 636	66
R. c. Ville de Sault Ste-Marie	[1978] 2 R.C.S. 1299	64
R. c. W. (D.)	[1991] 1 R.C.S. 742	8, 18, 796
R. c. W. (R.)	[1992] 2 R.C.S. 122	17, 802
R. c. Waite	[1989] 1 R.C.S. 1436	66
R. c. Waterfield	[1963] 3 All E.R. 659	488, 527
R. c. Wiggins	[1990] 1 R.C.S. 62	609
R. c. Wiles	[2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84	106
R. c. Willock	(2006), 210 C.C.C. (3d) 60	79, 89
R. c. Wise	[1992] 1 R.C.S. 527	523, 582
R. c. Wong	[1990] 3 R.C.S. 36	473, 524, 557, 582

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Woods	[2005] 2 R.C.S. 205, 2005 CSC 42	536
R. c. Wust	[2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18	727
R. c. Zebedee	(2006), 211 C.C.C. (3d) 199	279
Rank Film Distributors Ltd. c. Video Information Centre	[1982] A.C. 380	182
Rayman Investments and Management Inc. c. Canada Mortgage and Housing Corp.	[2007] B.C.J. No. 628 (QL), 2007 BCSC 384	173
Red Deer College c. Michaels	[1976] 2 R.C.S. 324	678, 703
Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners	[2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14	226
Reglin c. Creston (Town)	(2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790	237
Reibl c. Hughes	[1980] 2 R.C.S. 880	678, 708
Reid c. Georgia	448 U.S. 438 (1980)	503
Reilly c. The King	[1934] A.C. 176	354
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	65, 472
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	126
Ridge c. Baldwin	[1963] 2 All E.R. 66	234
Rocca Enterprises Ltd. c. University Press of New Brunswick Ltd.	(1989), 103 R.N.-B. (2e) 224	173
Roncarelli c. Duplessis	[1959] R.C.S. 121	261
Rosen c. Saskatoon District Health Board	[2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40	238
Rosen c. Saskatoon District Health Board	(2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83	237
Ross c. Henriques	[2007] B.C.J. No. 2023 (QL), 2007 BCSC 1381	170
Ross c. United States of America	(1994), 93 C.C.C. (3d) 500	786

S

S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)	[2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29	214, 260
Schachter c. Canada	[1992] 2 R.C.S. 679	116
School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)	(2000), 94 L.A.C. (4th) 56	242
Scuzzy Creek Hydro & Power Inc. c. Tercon Contractors Ltd.	(1998), 27 C.P.C. (4th) 252	177
Seshia c. Health Sciences Centre	(2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151	237
Shaw Estate c. Oldroyd	[2007] B.C.J. No. 1310 (QL), 2007 BCSC 866	173
Sheppe c. La Reine	[1980] 2 R.C.S. 22	784
Sibron c. New York	392 U.S. 40 (1968)	507
Slaight Communications Inc. c. Davidson	[1989] 1 R.C.S. 1038	393
Slavutych c. Baker	[1976] 1 R.C.S. 254	172
Smith c. Aker Kvaerner Canada Inc.	[2005] B.C.J. No. 150 (QL), 2005 BCSC 117	706
Smith c. Jones	[1999] 1 R.C.S. 455	176
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1995] 1 R.C.S. 157	223
Société Radio-Canada c. Lessard	[1991] 3 R.C.S. 421	329
Solosky c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 821	183
State c. Pellicci	580 A.2d 710 (1990)	545

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
State Rail Authority of New South Wales c. Wiegold	(1991), 25 N.S.W.L.R. 500	39
Stein c. Le navire « Kathy K »	[1976] 2 R.C.S. 802	710
Stewart c. Canada (Minister of Justice)	(1998), 131 C.C.C. (3d) 423	782
Stickney c. Trusz	(1973), 2 O.R. (2d) 469	170
Succession Eurig (Re)	[1998] 2 R.C.S. 565	136
Succession Odhavji c. Woodhouse	[2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69	746
Succession Woodward c. Ministre des Finances	[1973] R.C.S. 120	212
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1	214, 255, 781
Sybron Corp. c. Barclays Bank Plc.	[1985] 1 Ch. 299	183
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	214, 249

T

Terry c. Ohio	392 U.S. 1 (1968)	602
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1990] 1 R.C.S. 425	329, 613
Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79	[2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63	217, 267
Transamerica Life Insurance Co. of Canada c. Canada Life Assurance Co.	(1996), 28 O.R. (3d) 423	378
Tricontinental Investments Co. c. Guarantee Co. of North America	(1982), 39 O.R. (2d) 614	170
Tucson Properties Ltd. c. Sentry Resources Ltd.	(1982), 22 Alta. L.R. (2d) 44	378
Tyler c. M.R.N.	[1991] 2 C.F. 68	184

U

U.E.S., Local 298 c. Bibeault	[1988] 2 R.C.S. 1048	213, 252
U.S. c. Jones	351 F. Supp. 132 (1972)	333
Ultramares Corp. c. Touche	174 N.E. 441 (1931)	757
United States c. Eustaquio	198 F.3d 1068 (1999)	509
United States c. Jacobsen	466 U.S. 109 (1984)	604
United States c. Place	462 U.S. 696 (1983)	534, 560, 604
United States c. Sokolow	490 U.S. 1 (1989)	507
United States of America c. Fordham	(2005), 196 C.C.C. (3d) 39	782
United States of America c. Gillingham	(2004), 184 C.C.C. (3d) 97	782
United States of America c. Kunze	(2005), 194 C.C.C. (3d) 422	782
United States of America c. Maydak	(2004), 190 C.C.C. (3d) 71	782
United States of America c. Taylor	(2003), 175 C.C.C. (3d) 185	774
United States of America c. Whitley	(1994), 94 C.C.C. (3d) 99	786
United States of Mexico c. Hurley	(1997), 35 O.R. (3d) 481	774
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)	[2004] 1 S.C.R. 485, 2004 CSC 19	225

V

Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92	[2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23	219
Vriend c. Alberta	[1998] 1 R.C.S. 493	120

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
W		
Wallace c. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 R.C.S. 701	242, 679, 701
Wells c. Terre-Neuve	[1999] 3 R.C.S. 199	238, 353, 364, 703
Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)	[1998] 1 R.C.S. 322	225, 256
Wilson c. McCoy	(2006), 59 B.C.L.R. (4th) 1, 2006 BCSC 1011	173
Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.	[1995] 1 R.C.S. 85	748
Worrall c. British Railways Board	[1999] E.W.J. No. 2025 (QL)	41

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

A

Act respecting administrative justice, R.S.Q., c. J-3
s. 5 338

C

Canada National Parks Act, S.C. 2000, c. 32
s. 16(1)(n) 131
s. 16(1)(r) 131

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 6(1) 761
s. 8 ..... 456, 569
s. 12 96
s. 20(2) 383
s. 24(1) 96
s. 24(2) 456, 569

Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1
s. 20 190

Constitution Act, 1867
s. 53 132

Constitution Act, 1982
s. 52 96

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46
s. 236(a) 96
s. 249(4) 49
s. 258(1)(d.1) 397
s. 487.012 305
s. 487.015(4) 305
s. 731(1)(b) 723
s. 742.6 285
s. 743.6(1.2) 723

E

Extradition Act, S.C. 1999, c. 18
s. 57 761

PAGE

H

Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2
s. 520 338

L

Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, c. L-15
s. 4 372

N

National Parks General Regulations, SOR/78-213
s. 39 131

National Parks of Canada Businesses Regulations, SOR/98-455
s. 4 131

Negligence Act, R.S.B.C. 1996, c. 333
s. 4(2) 21

P

Parks Canada Agency Act, S.C. 1998, c. 31
s. 24 131

Police Act, R.S.B.C. 1996, c. 367
s. 11 21
s. 21 21

Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25
s. 97(2.1) 190
s. 100.1 190

S

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26
s. 40(1) 305

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

C

Charte canadienne des droits et libertés
art. 6(1) 761
art. 8 ..... 456, 569
art. 12 96
art. 20(2) 383
art. 24(1) 96
art. 24(2) 456, 569

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46
art. 236a) 96
art. 249(4) 49
art. 258(1)d.1) 397
art. 487.012 305
art. 487.015(4) 305
art. 731(1)b) 723
art. 742.6 285
art. 743.6(1.2) 723

Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2
art. 520 338

L

Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, c. L-15
art. 4 372

Loi constitutionnelle de 1867
art. 53 132

Loi constitutionnelle de 1982
art. 52 96

Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25
art. 97(2.1) 190
art. 100.1 190

Loi sur l'Agence Parcs Canada, L.C. 1998, ch. 31
art. 24 131

PAGE

Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18
art. 57 761

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26
art. 40(1) 305

Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1
art. 20 190

Loi sur la justice administrative, L.R.Q., ch. J-3
art. 5 338

Loi sur les parcs nationaux du Canada, L.C. 2000, ch. 32
art. 16(1)n) 132
art. 16(1)r) 132

N

Negligence Act, R.S.B.C. 1996, c. 333
art. 4(2) 21

P

Police Act, R.S.B.C. 1996, c. 367
art. 11 21
art. 21 21

R

Règlement général sur les parcs nationaux, DORS/78-213
art. 39 131

Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada, DORS/98-455,
art. 4 131

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

Amsterdam, Anthony G. "Perspectives on the Fourth Amendment" (1973-1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349. 602

Australia. New South Wales. *Discussion Paper: Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act.* Sydney: NSW Ombudsman, 2004. 476

Australia. New South Wales. *Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act 2001.* Sydney: NSW Ombudsman, 2006. ..... 619, 639

Australie. Nouvelle-Galles du Sud. *Discussion Paper : Review of the Police Powers (Drug Detections Dogs) Act.* Sydney : NSW Ombudsman, 2004. 476

Australie. Nouvelle-Galles du Sud. *Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act 2001.* Sydney : NSW Ombudsman, 2006. ..... 618, 639

Banakas, E. K. "Tort Damages and the Decline of Fault Liability: Plato Overruled, But Full Marks to Aristotle!", [1985] *Cambridge L.J.* 195. 42

Beatson, J. *Anson's Law of Contract*, 28th ed. New York: Oxford University Press, 2002. 750

Bingham, Lord. "The Rule of Law" (2007), 66 *Cambridge L.J.* 67. 126

Bird, Robert. "An Examination of the Training and Reliability of the Narcotics Detection Dog" (1996-97), 85 *Ky. L.J.* 405. 618

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn.: West, 2004, "pleasure appointment". 240

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada.* Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2007). 225, 249

Bryson, Sandy. *Police Dog Tactics*, 2nd ed. Calgary: Detselig Enterprises, 2000. 619

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de l'environnement et du développement durable. *Témoignages*, fascicule n° 40, 1re sess., 38e lég., 19 mai 2005, p. 7. 151

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, 2e sess., 37e lég., 29 septembre 2003, p. 7933-7934. 326

Canada. Department of Justice. Discussion Paper. *Lawful Access: Operational Fees*, December 12, 2003. 321

Canada. Department of Justice. News Release, "Lawful Access Consultation Submission Summary Report Available on Department of Justice Website", August 6, 2003 (online: http://www.canada.justice.gc.ca/eng/news-nouv/nr-cp/2003/doc_30958.html). 322

Canada. Department of Justice. *Summary of Submissions to the Lawful Access Consultation*, prepared by Nevis Consulting Group Inc., gen. ed., April 28, 2003 (online: http://www.canada.justice.gc.ca/eng/cons/la-al/sum-res/sum-res.pdf). 322

PAGE

Canada. Department of Justice, Industry Canada, Solicitor General Canada. *Lawful Access — Consultation Document*, August 25, 2002. 322

Canada. Department of Justice, Industry Canada, Solicitor General Canada. *Lawful Access Consultation: Response of the Canadian Wireless Telecommunications Association*, December 16, 2002. 322

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 138, 2nd Sess., 37th Parl., September 29, 2003, pp. 7933-34. 326

Canada. House of Commons. Standing Committee on Environment and Sustainable Development. *Evidence*, Issue No. 40, 1st sess., 38th Parl., May 19, 2005, p. 7. 150

Canada. Ministère de la Justice. Communiqué, « Le ministère de la Justice publie sur son site Web le résumé des observations présentées dans le cadre des consultations sur l'accès légal », 6 août 2003 (en ligne : http://www.canada.justice.gc.ca/fra/nouv-news/cp-nr/2003/doc_30958.html). 322

Canada. Ministère de la Justice. Document de travail. *Accès légal : coûts opérationnels*, 12 décembre 2003. 321

Canada. Ministère de la Justice. *Résumé des mémoires présentés dans le cadre de la consultation sur l'accès légal*, préparé par Nevis Consulting Group Inc., dir. de réd., 28 avril 2003 (en ligne : http://www.canada.justice.gc.ca/fra/cons/al-la/res-sum/res-sum.pdf). 322

Canada. Ministère de la Justice, Industrie Canada, Solliciteur général du Canada. *Accès légal — Document de consultation*, 25 août 2002. 322

Canada. Ministère de la Justice, Industrie Canada, Solliciteur général du Canada. *Lawful Access Consultation : Response of the Canadian Wireless Telecommunications Association*, 16 décembre 2002. 322

Cheshire, G. C., C. H. S. Fifoot and M. P. Furmston. *The Law of Contract*, 8th ed. London: Butterworths, 1972. 704

Chevrette, François, and Hugo Cyr. "La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l'infraction et la peine la plus douce", in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 10-1. 472

Coughlan, Steve. "Privacy Goes to the Dogs" (2006), 40 C.R. (6th) 31. 603

Coughlan, Steve, and Marc S. Gorbet. "Nothing Plus Nothing Equals . . . Something? A Proposal for FLIR Warrants on Reasonable Suspicion" (2005), 23 C.R. (6th) 239. 603

Cromwell, Thomas A. "Appellate Review: Policy and Pragmatism". In *2006 Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*. Winnipeg: Fort Garry, 2006, V-1. 212

Davis-Barron, Sherri. "The Lawful Use of Drug Detector Dogs" (2007), 52 *Crim. L.Q.* 345. 490

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. by Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995. 243

Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279. 221

Eden, Robert S. *K9 Officer's Manual*. Calgary: Detselig Enterprises, 1993. 619

England, Geoff. *Employment Law in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated March 2007, release 10). 242

England, Geoffrey. "Recent Developments in the Law of the Employment Contract: Continuing Tension Between the Rights Paradigm and the Efficiency Paradigm" (1994-95), 20 *Queen's L.J.* 557. 702

PAGE

Feldthusen, Bruce. "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.* 356. 748

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2002. 753

Fudge, Judy. "The Limits of Good Faith in the Contract of Employment: From *Addis* to *Vorvis* to *Wallace* and Back Again?" (2007), 32 *Queen's L.J.* 529. 701

Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1969. 126

Garant, Patrice. *Droit administratif*, 5e éd. rev. et corr. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2004. 368

Gold, Alan D. "Privacy Suffers From the Heat: R. v. Tessling". Paper delivered at Law Society of Upper Canada 5th Annual Six-Minute Criminal Defence Lawyer, June 4, 2005. 594

Grande-Bretagne. Law Commission. Consultation Paper No. 160. *The Illegality Defence in Tort: A Consultation Paper.* London : Stationery Office, 2001. 40

Great Britain. Law Commission. Consultation Paper No. 160. *The Illegality Defence in Tort: A Consultation Paper.* London: Stationery Office, 2001. 40

Harris, David. *Wrongful Dismissal*, vol. 2, loose-leaf ed. Toronto: Thomson Carswell (updated 2005, release 8). 707

Hepburn, Samantha J. *Principles of Property Law*, 2nd ed. Sydney, N.S.W.: Cavendish Publishing (Australia), 2001. 750

Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2008, release 10). 804

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Scarborough, Ont: Thomson/Carswell, 2007. 140

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007. ..... 393, 472

Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. ..... 140, 239

Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives*, 2e éd. rev. et augm. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002. ..... 351, 366

Katz, Lewis R. "In Search of a Fourth Amendment for the Twenty-first Century" (1989-1990), 65 *Ind. L.J.* 549. 602

Katz, Lewis R., and Aaron P. Golembiewski. "Curbing the Dog: Extending the Protection of the Fourth Amendment to Police Drug Dogs" (2006-2007), 85 *Neb. L. Rev.* 735. 619

Kerr, Ian, and Jena McGill. "Emanations, Snoop Dogs and Reasonable Expectations of Privacy" (2007), 52 *Crim. L.Q.* 392. 595

Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2003. 756

La Forest, Gérard V. "Judicial Lawmaking, Creativity and Constraints", in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997.* Winnipeg: Canadian Legal Historic Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, 3. 471

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vols. 1 and 4, 4th ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004. ..... 503, 545

Lammers, Ken. "Canine Sniffs: The Search That Isn't" (2005), 1 *N.Y.U. J.L. & Liberty* 845. 612

PAGE

Laskin, John B. "The Implied Undertaking". A paper presented to the Canadian Bar Association — Ontario at a Continuing Legal Education Conference on *Privilege and Confidential Information in Litigation — Current Developments and Future Trends*, October 19, 1991. 173

Lemieux, Denis. *Justice administrative — Loi annotée*, éd. rév. Brossard, Qué.: Publications CCH, 2001. 349

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006. 746

Longtin, Marie José. "La réforme de la justice administrative: genèse, fondements et réalités". Dans *Actes de la XIII^e Conférence des juristes de l'État*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998. 355

MacKay, A. Wayne. "Don't Mind Me, I'm from the R.C.M.P.: *R. v. M. (M.R.)* — Another Brick in the Wall Between Students and Their Rights" (1997), 7 C.R. (5th) 24. 599

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001. 213

Mullan, David J. "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59. 222

Mullan, David J. "Recent Developments in Standard of Review", in *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners*. Canadian Bar Association (Ontario), 2000. 218

Ontario. Ministry of Education. *Ontario Schools: Code of Conduct*. Toronto: Queen's Printer, 2001. 592

Papile, Cristiano. "The Implied Undertaking Revisited" (2006), 32 *Adv. Q.* 190. 173

Pollack, Kenneth L. "Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime: Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard" (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803. ..... 544, 585

Pomerance, Renee. "Shedding Light on the Nature of Heat: Defining Privacy in the Wake of *R. v. Tessling*" (2005), 23 C.R. (6th) 229. 609

Rosenberg, Marc. "Controlling Intrusive Police Investigative Techniques Under Section 8" (1991), 1 C.R. (4th) 32. 603

Rosenberg, Morris, and Stéphane Perrault. "Ifs and Buts in Charter Adjudication: The Unruly Emergence of Constitutional Exemptions in Canada" (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 375. 123

Sankoff, Peter. "Constitutional Exemptions: Myth or Reality?" (1999-2000), 11 *N.J.C.L.* 411. 123

Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. "Suspicious Searches: What's so Reasonable About Them?" (1999), 24 C.R. (5th) 123. 501

Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *Brian Dickson: A Judge's Journey*. Toronto: University of Toronto Press, 2003. 472

Shaw, Trevor. "The Law on the Use of Police Dogs in Canada" (2004), 48 *Crim. L.Q.* 337. 498

Solomon, Robert, and Erika Chamberlain. "Calculating BACs for Dummies: The Real-World Significance of Canada's 0.08% Criminal BAC Limit for Driving" (2004), 8 *Can. Crim. L.R.* 219. 446

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ontario: Butterworths, 1999. 277

Sossin, Lorne, and Colleen M. Flood, "The Contextual Turn: Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law" (2007), 57 *U.T.L.J.* 581. 219

Stevenson, William A., and Jean E. Côté. *Civil Procedure Encyclopedia*, vol. 2. Edmonton: Juriliber, 2003. 173

Stuart, Don. "Reducing Charter Rights of School Children" (1999), 20 C.R. (5th) 230. 599

PAGE

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book (updated October 2004, release 13). 703

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000. 234

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961. 329

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

A.M. *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of British Columbia, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Civil Liberties Association, St. Clair Catholic District School Board and Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (Justice for Children and Youth) *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* A.M.

Neutral citation: 2008 SCC 19.

File No.: 31496.

2007: May 22; 2008: April 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Schools — Police using sniffer dog to search school for illicit drugs — Positive alert by dog to student's backpack left in school gymnasium leading to examination of content of backpack by police officer, who confirmed presence of illegal drugs — Whether dog sniff constituted search of content of student backpack — If so, whether search reasonable — If search unreasonable, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Police — Police powers — Investigative tools — Sniffer dogs — Whether common law powers of police to investigate crime include use of sniffer dogs.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

A.M. *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association canadienne des libertés civiles, St. Clair Catholic District School Board et Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (Justice for Children and Youth) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* A.M.

Référence neutre : 2008 CSC 19.

N° du greffe : 31496.

2007 : 22 mai; 2008 : 25 avril.

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 constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Écoles — Police utilisant un chien renifleur pour fouiller une école à la recherche de drogues illicites — Réaction positive du chien signalant un sac à dos laissé par un élève dans le gymnase de l'école amenant le policier à examiner le contenu du sac et à confirmer la présence de drogues illégales — L'intervention du chien renifleur constituait-elle une fouille du contenu du sac à dos de l'élève? — Dans l'affirmative, la fouille était-elle non abusive? — Si la fouille était abusive, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Police — Pouvoirs policiers — Outils d'enquête — Chiens renifleurs — Le pouvoir d'effectuer des enquêtes criminelles que la common law confère aux policiers comprend-il celui d'utiliser des chiens renifleurs?

The police accepted a long-standing invitation by the principal of a high school to bring sniffer dogs into the school to search for drugs. The police had no knowledge that drugs were present in the school and would not have been able to obtain a warrant to search the school. The search took place while all the students were confined to their classrooms. In the gymnasium, the sniffer dog reacted to one of the unattended backpacks lined up against a wall. Without obtaining a warrant, the police opened the backpack and found illicit drugs. They charged the student who owned the backpack with possession of cannabis marihuana and psilocybin for the purpose of trafficking. At trial, the accused brought an application for exclusion of the evidence, arguing that his rights under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated. The trial judge allowed the application, finding two unreasonable searches: the search conducted with the sniffer dog and the search of the backpack. He excluded the evidence and acquitted the accused. The Court of Appeal upheld the acquittal.

Held (Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

1. *Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ.: The police possess a common law power to search using drug sniffer dogs on the basis of a *Charter* compliant standard of reasonable suspicion.

Per Bastarache J.: The police possess a common law power to search using drug sniffer dogs on the basis of a *Charter* compliant standard of generalized suspicion.

Per LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: There was no authority at common law for the sniffer-dog search in this case.

2. *Per* McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The dog sniff of the backpack at the school amounted to a search within s. 8 of the *Charter*.

Per Deschamps and Rothstein JJ.: The dog sniff of the backpack at the school did not amount to a search within s. 8 of the *Charter*.

3. *Per* McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The sniffer-dog search of the backpack at the school violated s. 8 of the *Charter*.

Per Deschamps and Rothstein JJ.: There is no need to determine whether s. 8 of the *Charter* was violated

La police a accepté une invitation de longue date du directeur d'une école secondaire à amener des chiens renifleurs à l'école pour y chercher des drogues. La police ne savait pas que des drogues étaient présentes à l'école et n'aurait pas pu obtenir un mandat autorisant la fouille à l'école. La fouille a été effectuée alors que tous les élèves devaient rester dans leurs classes. Dans le gymnase, le chien renifleur a réagi positivement à un des sacs à dos laissés sans surveillance et alignés contre un mur. Sans obtenir un mandat, un policier a ouvert le sac à dos et y a trouvé des drogues illicites. L'élève à qui appartenait le sac a été accusé de possession de marijuana et de psilocybine en vue d'en faire le trafic. Au procès, l'accusé a demandé l'exclusion de la preuve en invoquant la violation des droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a accueilli sa demande et a conclu qu'il y avait eu deux fouilles abusives : celle effectuée avec le chien renifleur et celle du sac à dos. Il a écarté les éléments de preuve et acquitté l'accusé. La Cour d'appel a maintenu l'acquittement.

Arrêt (les juges Bastarache, Deschamps et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

1. *La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Rothstein : La common law reconnaît aux policiers le pouvoir d'effectuer des fouilles ou perquisitions à l'aide d'un chien renifleur en se fondant sur une norme des soupçons raisonnables conforme à la *Charte*.

Le juge Bastarache : La common law reconnaît aux policiers le pouvoir d'effectuer des fouilles ou perquisitions à l'aide d'un chien renifleur en se fondant sur une norme des soupçons généraux conforme à la *Charte*.

Les juges LeBel, Fish, Abella et Charron : La common law ne permettait pas d'effectuer la fouille à l'aide d'un chien renifleur en l'espèce.

2. *La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : L'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac à dos à l'école constituait une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Les juges Deschamps et Rothstein : L'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac à dos à l'école ne constituait pas une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

3. *La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : La fouille du sac à dos effectuée à l'aide du chien renifleur à l'école violait l'art. 8 de la *Charte*.

Les juges Deschamps et Rothstein : Il n'est pas nécessaire de déterminer s'il y a eu violation de l'art. 8 de

because the dog sniff of the backpack at the school did not amount to a search.

4. *Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: In the circumstances of this case, the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Per Deschamps and Rothstein JJ.: There is no need to determine whether the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* because the dog sniff of the backpack at the school did not amount to a search.

Per Bastarache J.: The trial judge erred in excluding the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Per LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: Students are entitled to privacy in a school environment. Since there was no authority in the statutes or at common law for the sniffer-dog search in this case, the search violated s. 8 of the *Charter*. For the reasons stated in *R. v. Kang-Brown*, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18, our Court should not attempt to craft a legal framework of general application for the use of sniffer dogs in schools. As a result, the evidence was properly excluded under para. 24(2) of the *Charter*. [1-2]

Per McLachlin C.J. and Binnie J.: The police possess common law authority to use sniffer dogs in appropriate circumstances. If the police in this case had been called to investigate the potential presence of guns or explosives at the school using dogs trained for that purpose, the public interest in dealing quickly and efficiently with such a threat to public safety would have been greater and more urgent than routine crime prevention. [7] [37]

The dog sniff amounts to a search within s. 8 of the *Charter*. The information provided when the dog is trained to alert to the presence of controlled drugs permits inferences about the precise contents of the source that are of interest to the police. The subject matter of the sniff is not public air space. It is the concealed contents of the backpack. As with briefcases, purses and suitcases, backpacks are the repository of much that is personal, particularly for people who lead itinerant lifestyles during the day as in the case of students and travellers. Teenagers may have little expectation of privacy from the searching eyes and fingers of their parents, but they expect the contents of their backpacks not to be open to the random and speculative scrutiny

la *Charte* parce que l'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac à dos à l'école ne constituait pas une fouille.

4. *La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : Dans les circonstances de la présente affaire, il y a lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Les juges Deschamps et Rothstein : Il n'est pas nécessaire de déterminer s'il y a lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte* parce que l'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac à dos à l'école ne constituait pas une fouille.

Le juge Bastarache : Le juge du procès a commis une erreur en écartant la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Les juges LeBel, Fish, Abella et Charron : La vie privée des élèves doit être protégée en milieu scolaire. Comme la fouille effectuée avec l'aide d'un chien renifleur n'était pas autorisée par la loi ou la common law, elle était contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Pour les motifs énoncés dans *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18, notre Cour ne devrait pas tenter d'élaborer un cadre juridique d'application générale régissant l'utilisation de chiens renifleurs dans les écoles. Par conséquent, c'est à bon droit que la preuve a été exclue en application du par. 24(2) de la *Charte*. [1-2]

La juge en chef McLachlin et le juge Binnie : La common law accorde aux policiers le pouvoir d'utiliser des chiens renifleurs dans les circonstances appropriées. Si, en l'espèce, la police avait été appelée pour enquêter, à l'aide de chiens dressés à cette fin, sur la présence éventuelle à l'école d'armes ou d'explosifs, l'importance et l'urgence de neutraliser rapidement et efficacement une telle menace pour la sécurité publique auraient eu préséance sur la simple prévention du crime. [7] [37]

L'intervention du chien constitue une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*. L'information fournie par un chien dressé pour réagir à la présence de drogues contrôlées permet de tirer des inférences au sujet du contenu précis de la source qui intéresse la police. Ce n'est pas l'air ambiant de l'espace public que flaire le chien, mais ce qui est dissimulé dans un sac à dos. Comme les serviettes, les sacs à main et les valises, les sacs à dos contiennent beaucoup d'effets personnels; c'est notamment le cas pour les personnes qui, en raison de leur style de vie, ont à effectuer de nombreux déplacements pendant la journée, par exemple les élèves et les voyageurs. Les adolescents ne s'attendent pas vraiment à ce que leur vie privée échappe aux regards attentifs

of the police. This expectation is a reasonable one that society should support. The guilty secret of the contents of the accused's backpack was specific and meaningful information, intended to be private, and concealed in an enclosed space in which the accused had a continuing expectation of privacy. By use of the dog, the police officer could "see" through the concealing fabric of the backpack. [8] [62-63] [66-67]

Although a warrantless sniffer-dog search is available where reasonable suspicion is demonstrated, the sniffer-dog search of the students' belongings in this case violated their *Charter* rights under s. 8. The dog-sniff search was unreasonably undertaken because there was no proper justification. The youth court judge found that the police lacked any grounds for reasonable suspicion and the Crown has shown no error in the youth court judge's finding of fact. [91]

While the sniffer-dog search may have been seen by the police as an efficient use of their resources, and by the principal of the school as an efficient way to advance a zero-tolerance policy, these objectives were achieved at the expense of the privacy interest (and constitutional rights) of every student in the school. The *Charter* weighs other values, including privacy, against an appetite for police efficiency. Because of their role in the lives of students, backpacks objectively command a measure of privacy, and since the accused did not testify, the question of whether he had a subjective expectation of privacy in his backpack must be inferred from the circumstances. [15] [62-63]

In the context of a routine criminal investigation, the police are entitled to use sniffer dogs based on a "reasonable suspicion". If there are no grounds of reasonable suspicion, the use of the sniffer dogs will violate the s. 8 reasonableness standard. Where there are grounds of reasonable suspicion, the police should not have to take their suspicions to a judicial official for prior authorization to use the dogs in an area where the police are already lawfully present. All "searches" do not have the same invasive and disruptive quality and prior judicial authorization is not a universal condition precedent to any and all police actions characterized as "searches" given that the touchstone of s. 8 is

et aux fouilles de leurs parents, mais ils s'attendent à ce que la police ne puisse pas, en se fondant sur des conjectures, procéder au hasard à l'examen du contenu de leurs sacs à dos. Il s'agit d'une attente raisonnable à laquelle la société devrait être favorable. Le secret coupable contenu dans le sac à dos de l'accusé constituait une information précise et significative, destinée à être tenue secrète, et dissimulée dans un espace fermé à l'égard duquel l'accusé avait une attente permanente en matière de vie privée. En se servant du chien, le policier a pu « voir » à travers le tissu opaque du sac à dos. [8] [62-63] [66-67]

Même si l'on peut effectuer sans mandat une fouille avec un chien renifleur lorsque l'existence de soupçons raisonnables est démontrée, la fouille des effets personnels des élèves par le chien renifleur en l'espèce a violé les droits garantis aux élèves par l'art. 8 de la *Charte*. La fouille par le chien renifleur a été entreprise de façon abusive parce qu'elle ne reposait sur aucune justification valable. Le juge du tribunal pour adolescents a conclu que la police ne pouvait avoir de soupçons raisonnables et le ministère public n'a pas démontré que la conclusion de fait du juge du tribunal pour adolescents était erronée. [91]

Bien que la police ait pu considérer que la fouille à l'aide du chien renifleur constituait une utilisation efficace de ses ressources et que le directeur de l'école y ait vu un moyen efficace de promouvoir une politique de tolérance zéro, ces objectifs ont été atteints au mépris du droit de chaque élève de l'école au respect de sa vie privée (et de ses droits constitutionnels). La *Charte* établit un équilibre entre d'autres valeurs, dont la vie privée, et le besoin d'assurer l'efficacité de la police. En raison du rôle qu'ils jouent dans la vie des élèves, les sacs à dos exigent objectivement une certaine mesure de respect de la vie privée, et puisque l'accusé n'a pas témoigné, c'est à partir des circonstances qu'il faut déduire s'il avait une attente subjective en matière de vie privée en ce qui concerne son sac à dos. [15] [62-63]

Dans le contexte d'une enquête criminelle ordinaire, la police a le droit d'utiliser des chiens renifleurs lorsqu'elle a des « soupçons raisonnables ». Si elle n'est pas justifiée d'avoir des soupçons raisonnables, le recours aux chiens renifleurs contreviendra à la norme du caractère raisonnable imposée par l'art. 8. S'il existe des motifs d'avoir des soupçons raisonnables, la police ne devrait pas avoir à soumettre ses soupçons à un juge pour obtenir l'autorisation préalable d'utiliser des chiens dans un lieu où la police se trouve déjà légalement. Toutes les « fouilles ou perquisitions » n'ont pas le même caractère envahissant ou perturbant et l'autorisation judiciaire préalable n'est pas une condition

reasonableness. Account must be taken in s. 8 matters of all the relevant circumstances including the minimal intrusion, contraband-specific nature and high accuracy rate of a fly-by sniff. The warrantless search is, of course, presumptively unreasonable. If the sniff is conducted on the basis of reasonable suspicion and discloses the presence of illegal drugs on the person or in a backpack or other place of concealment, the police may confirm the accuracy of that information with a physical search, again without prior judicial authorization. But all such searches by the dogs or the police are subject to after-the-fact judicial review if it is alleged (as here) that no grounds of reasonable suspicion existed, or that the search was otherwise unreasonably undertaken. [12-14]

préalable universelle à toutes les mesures policières qualifiées de « fouilles ou perquisitions » étant donné que l'élément fondamental de l'art. 8 est le caractère raisonnable. Dans les affaires où il est question de l'art. 8, il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes, y compris l'atteinte minime, la recherche ciblée d'articles interdits et la grande fiabilité de l'intervention fortuite d'un chien renifleur. La fouille ou la perquisition sans mandat est, évidemment, présumée abusive. Si la fouille à l'aide d'un chien renifleur est effectuée sur la base de soupçons raisonnables et révèle la présence de drogues illégales sur la personne elle-même, dans un sac à dos ou à tout autre endroit où elles ont pu être cachées, la police peut s'assurer de l'exactitude de cette information grâce à une fouille physique, effectuée encore une fois sans autorisation judiciaire préalable. Mais toutes ces fouilles effectuées à l'aide de chiens ou par des policiers sont assujetties à un contrôle judiciaire ultérieur s'il est allégué (comme c'est le cas en l'espèce) qu'il n'y avait aucun motif d'avoir des soupçons raisonnables, ou que la fouille a été par ailleurs entreprise de manière abusive. [12-14]

Permitting the police to act on a standard of reasonable suspicion within the framework of s. 8 will allow inappropriate conduct by the dog or the police to be dealt with on the basis that although the lawful authority to use the sniffer dog does exist, the search in the particular case was executed unreasonably, and thereby constituted a *Charter* breach, on the basis of which the evidence obtained may be excluded. The importance of proper tests and records of particular dogs will be an important element in establishing the reasonableness of a particular sniffer-dog search. From the police perspective, a dog that fails to detect half of the narcotics present is still better than no detection at all. However from the perspective of the general population, a dog that falsely alerts half of the time raises serious concerns about the invasion of the privacy of innocent people. An important concern for the court is therefore the number of any such false positives. It is important not to treat the capacity and accuracy of sniffer dogs as interchangeable. Dogs are not mechanical or chemical devices. Moreover, the sniff does not disclose the presence of drugs. It discloses the presence of an odour that indicates either the drugs are present or may have been present but are no longer present, or that the dog is simply wrong. In the sniffer-dog business, there are many variables. [82] [84-85] [87-88]

En permettant à la police d'agir, dans le cadre de l'art. 8, en se conformant à une norme des soupçons raisonnables, il sera possible, pour trancher la question du comportement inapproprié d'un chien ou de policiers, de tenir compte du fait que, même si le recours à un chien renifleur est effectivement autorisé par la loi, la fouille effectuée dans ce cas donné était abusive et constituait donc une violation de la *Charte* permettant d'écarter les éléments de preuve obtenus. Les épreuves auxquelles sont soumis les chiens et leurs dossiers individuels constitueront un élément essentiel pour établir le caractère raisonnable d'une fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur. Du point de vue de la police, il est préférable qu'un chien ne réussisse à détecter que la moitié des stupéfiants présents au lieu de n'en détecter aucun. Du point de vue de la population en général toutefois, un chien qui réagit à tort la moitié du temps soulève de sérieuses inquiétudes au sujet de la violation de la vie privée de personnes innocentes. Pour le tribunal, c'est donc le nombre de ces fausses indications positives qui est préoccupant. Il importe de ne pas considérer que la capacité et la fiabilité des chiens renifleurs sont interchangeables d'un chien à l'autre. Les chiens ne sont pas des dispositifs mécaniques ou chimiques. En outre, le chien ne révèle pas la présence de drogues. Il révèle la présence d'une odeur qui indique soit la présence de drogues, soit qu'il a pu y avoir des drogues qui ne sont plus là, soit que le chien se trompe tout simplement. L'utilisation de chiens renifleurs comporte de nombreuses variables. [82] [84-85] [87-88]

In sniffer-dog situations, the police are generally required to take quick action guided by on-the-spot

Dans les cas de recours à un chien renifleur, les policiers sont généralement obligés de prendre rapidement

observations. In circumstances where this generally occurs, it is not feasible to subject the "sniffer dog's" sniff to prior judicial authorization. Both the subject and his suspicious belongings would be long gone before the paperwork could be done. In the particular context of sniffer dogs, there is sufficient protection for the public in the prior requirement of reasonable suspicion and after-the-fact judicial review to satisfy the "reasonableness" requirement of s. 8. [90]

The trade-off for permitting the police to deploy their dogs on a "reasonable suspicion" standard without a warrant is that if this procedure is abused and sniffer-dog searches proceed without reasonable suspicion based on objective facts, the consequence could well tip the balance against the admission of the evidence if it is established under s. 24(2) of the *Charter* that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. Youth court judges have a greater awareness than appellate judges do of the effect that admission or exclusion of the evidence would have on the reputation of the administration of justice in the community with which they deal on a daily basis. Here, the youth court judge excluded the evidence. His exclusion of the evidence should not be interfered with. [14] [90] [98]

Per Deschamps and Rothstein JJ. (dissenting): In light of the totality of the circumstances, the accused did not have in this case a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*, and a new trial should be ordered. [140] [149]

While the use of the dog amounted to a search from an empirical perspective, what the accused had to establish was whether that use amounted to a "search" from a constitutional perspective. The pivotal question in this appeal was thus whether the accused had a reasonable expectation of privacy in respect of odours imperceptible to humans that emanated from his unattended backpack in a school gymnasium. This requires consideration of whether the accused had a subjective expectation of privacy and whether his privacy interest was objectively reasonable. [119] [128]

The accused did not have a subjective expectation of privacy. Students and parents were made aware of the drug problem and the zero-tolerance drug policy and of the fact that sniffer dogs might be used. Dogs

des mesures en fonction des observations faites sur place. Dans les circonstances où cela se produit généralement, il n'est pas possible de soumettre l'intervention de « chiens renifleurs » à une autorisation judiciaire préalable. Tant le suspect que ses effets personnels suspects ne seraient plus là bien avant que la paperasse soit remplie. Dans le contexte particulier des chiens renifleurs, l'exigence préalable de soupçons raisonnables et le contrôle judiciaire a posteriori assurent au public une protection suffisante pour satisfaire à l'exigence du « caractère raisonnable » prévu à l'art. 8. [90]

Une solution de compromis permet aux policiers d'utiliser leurs chiens selon la norme des « soupçons raisonnables » sans obtenir un mandat : s'il y a abus de cette procédure et que des fouilles sont effectuées avec des chiens renifleurs en l'absence de tout soupçon raisonnable fondé sur des faits objectifs, cela pourrait jouer contre l'admission des éléments de preuve s'il est établi en vertu du par. 24(2) de la *Charte* que, eu égard aux circonstances, leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les juges du tribunal pour adolescents sont mieux informés que les juges d'appel au sujet de l'effet que l'admission ou l'exclusion de ces éléments de preuve pourrait avoir sur la réputation de l'administration de la justice dans la collectivité dont ils s'occupent quotidiennement. En l'espèce, le juge du tribunal pour adolescents a décidé d'exclure les éléments de preuve et il n'y a pas lieu de modifier cette décision. [14] [90] [98]

La juge Deschamps et le juge Rothstein (dissidents) : Compte tenu de l'ensemble des circonstances, l'accusé n'avait pas en l'espèce une attente raisonnable en matière de vie privée entraînant l'application de l'art. 8 de la *Charte* et il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. [140] [149]

Alors que l'utilisation du chien constituait une fouille au sens empirique du terme, l'accusé devait établir que cette utilisation du chien constituait une « fouille » au sens constitutionnel. La question cruciale en l'espèce était donc de savoir si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui concerne les odeurs, imperceptibles pour les humains, qui émanaient de son sac à dos laissé sans surveillance dans un gymnase de l'école. À cette fin, il faut examiner si l'accusé avait une attente subjective en matière de vie privée et si son droit au respect de sa vie privée était objectivement raisonnable. [119] [128]

L'accusé n'avait aucune attente subjective en matière de vie privée. Les parents et les élèves savaient qu'il existait un problème de drogues et une politique de tolérance zéro en matière de drogues, et que des chiens

had in fact been used on prior occasions to determine whether narcotics were present at the school. While school policy must be implemented in a manner consistent with a legitimate expectation of privacy, the well-advertised means devised and used by the school reduced the accused's subjective expectation of privacy very significantly. [129]

The accused's expectation of privacy was also not objectively reasonable. First, the place where the search occurred was a school with a known problem of drug use by students, both on and off school property. The police were there with the permission (and at the request) of the school's principal in furtherance of disciplinary goals being pursued by the school in order to confront a systematic drug problem. The dogs were used primarily to search the premises, not the students. In these circumstances, the objective expectation of privacy in respect of an unattended backpack on this school's property was not only significantly diminished, but extremely low. Second, the accused was not present at the time of the search. Since there were no students in the school gymnasium at the time of the search, there was no risk that the dog, on sniffing a backpack worn by a student, might make a false positive indication leading to a — more intrusive — personal search of the student. Third, the accused's backpack was left not only unattended, but also in plain view. While there is no indication that the backpack was abandoned, the use of a sniffer dog to check an unattended bag left in plain view is less intrusive than the use of one to check a bag that is either worn or carried by an individual, or is placed in a locked compartment out of plain view. Fourth, the investigative technique was relatively non-intrusive. The dog detected the presence of drugs in the accused's backpack without the backpack being opened. Moreover, the dog was trained only to detect drugs and find humans. It could not therefore convey any information other than that there were drugs present. Thus, the use of a sniffer dog in these circumstances was a less intrusive investigative technique than simply opening the accused's backpack without a prior positive indication by the dog. [130-131] [137-139]

Per Bastarache J. (dissenting): The dog sniff constituted a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The accused had a reasonable, but limited, expectation

renifleurs pouvaient être utilisés. Des chiens avaient effectivement été utilisés à quelques reprises pour déterminer s'il y avait des stupéfiants à l'école. Si la politique de l'école doit être appliquée de manière à respecter les attentes légitimes en matière de vie privée, les moyens qu'a utilisés et fait connaître l'école ont réduit considérablement l'attente subjective de l'accusé en matière de vie privée. [129]

Également, l'attente de l'accusé en matière de vie privée n'était pas objectivement raisonnable. D'abord, le lieu où la fouille a été effectuée était une école où il existait un problème connu de consommation de drogues par les élèves tant sur le terrain de l'école qu'à l'extérieur. Les policiers s'y trouvaient avec la permission (et à la demande) du directeur de l'école en vue de faciliter l'atteinte des objectifs en matière disciplinaire de l'école dans sa lutte contre un problème de drogue systématique. Les chiens ont servi principalement à la fouille des locaux et non à celle des élèves. Dans de telles circonstances, l'attente objective en matière de vie privée à l'égard d'un sac à dos laissé sans surveillance dans l'école est non seulement sérieusement réduite mais extrêmement faible. Ensuite, l'accusé n'était pas présent au moment de la fouille. Étant donné qu'aucun des élèves ne se trouvait dans le gymnase de l'école au moment de la fouille, il n'y avait aucun risque qu'une réaction positive erronée du chien renifleur devant un sac à dos porté par un élève puisse entraîner une fouille corporelle — plus envahissante — de l'élève. En troisième lieu, le sac à dos de l'accusé a non seulement été laissé sans surveillance, mais il était placé bien en vue. Si rien n'indique que le sac à dos ait été abandonné, l'utilisation d'un chien renifleur lorsqu'un sac laissé sans surveillance est placé bien en vue constitue une procédure moins envahissante que lorsqu'on y a recours pour un sac qui est soit porté ou transporté par une personne, soit gardé à l'abri des regards dans un casier verrouillé. En quatrième lieu, la technique d'enquête utilisée était relativement peu envahissante. Le chien a détecté la présence de drogues à l'intérieur du sac à dos de l'accusé sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir le sac. De plus, le chien était dressé uniquement pour détecter des drogues et chercher des personnes. Il ne pouvait donc transmettre d'autres informations que la présence de drogues. Ainsi, l'utilisation d'un chien renifleur dans les circonstances constituait une technique d'enquête moins envahissante que ne l'aurait été l'ouverture du sac à dos de l'accusé sans qu'un chien renifleur n'ait auparavant réagi positivement à la présence de drogues. [130-131] [137-139]

Le juge Bastarache (dissident) : L'intervention du chien renifleur constituait une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*. L'accusé avait une attente raisonnable,

of privacy in his backpack when the dog sniff occurred, even though he was not carrying the backpack at the time. A high school student who, like his classmates, leaves his bag unattended continues to have a reasonable expectation of privacy in its contents. It is relevant from an objective perspective that the odour identified by the dog sniff was not accessible to humans and that its detection provided immediate information about the contents of the backpack. The accused's reasonable expectation of privacy is, however, reduced by the fact that this dog sniff occurred at the school. Students are aware of the importance both society at large and school administrators place on the school environment, and have a diminished expectation of privacy as a result. [150] [157-159]

A random sniffer-dog search in a school would be deemed reasonable where it is based on a generalized reasonable suspicion, providing a reasonably informed student would have been aware of the possibility of random searches involving the use of dogs. Schools are unique environments and the application of this lower standard is appropriate given the importance of preventing and deterring the presence of drugs in schools to protect children, the highly regulated nature of the school environment, the reduced expectation of privacy students have while at school, and the minimal intrusion caused by searches of this nature. However, the police cannot enter a school and conduct a search whenever they please on the basis that drugs may be found there on any given day. Reasonable suspicion requires more than a mere hunch. Further, since a generalized, ongoing suspicion does not exist in relation to schools, it is necessary for each random dog-sniff search to be justified on the basis of a suspicion that drugs will be located at that specific location at the specific time the search is being performed. Although it is necessary that a dog-sniffer search in a school be related to a reasonable suspicion that drugs will be located on the premises at the time the search occurs, it is unreasonable to expect that a sniffer-dog search will occur at the precise moment that a reasonable suspicion is first formed. How long the suspicion lasts will depend in large part on the nature of the information received and on whether it is supplemented by additional indicators that the presence of drugs continues. In every instance, the key inquiry is whether there is a sufficient basis on which to form a reasonable suspicion about the presence of drugs at the time the search occurs. [152] [163-164] [168] [174-175]

quoique limitée, en matière de vie privée à l'égard de son sac à dos lorsque le chien l'a flairé, même s'il ne portait pas son sac à ce moment. L'élève d'une école secondaire qui, comme ses camarades de classe, laisse son sac sans surveillance continue d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard du contenu de son sac. Il est important de souligner, d'un point de vue objectif, que l'odeur qu'a détectée le chien ne pouvait pas être détectée par les humains et que sa détection a fourni des informations directes sur le contenu du sac à dos. L'attente raisonnable de l'accusé en matière de vie privée est cependant réduite parce que la fouille à l'aide du chien renifleur s'est déroulée à l'école. Les élèves sont conscients de l'importance que la société en général et les administrateurs scolaires accordent au milieu scolaire et ils ont en conséquence une attente réduite en matière de vie privée. [150] [157-159]

Une fouille effectuée au hasard dans une école à l'aide d'un chien renifleur serait réputée raisonnable si elle était fondée sur des soupçons raisonnables généraux, à la condition que des élèves raisonnablement informés soient au courant de la possibilité de fouilles au hasard à l'aide de chiens. Les écoles constituent un milieu particulier et l'application de cette norme moins exigeante est appropriée étant donné l'importance de prévenir et d'empêcher la présence de la drogue dans les écoles pour protéger les enfants, la nature très réglementée du milieu scolaire, l'attente réduite des élèves en matière de vie privée pendant qu'ils se trouvent à l'école et l'atteinte minime qu'entraînent les fouilles de cette nature. Toutefois, les policiers ne peuvent entrer dans une école quand cela leur convient et y effectuer une fouille ou une perquisition au motif que l'on peut y trouver de la drogue n'importe quand. Les soupçons raisonnables exigent plus qu'une simple intuition. En outre, comme il n'existe pas à l'égard des écoles des soupçons constants et généraux, il est essentiel que chaque fouille effectuée au hasard à l'aide de chiens renifleurs puisse se justifier par des motifs permettant de soupçonner qu'il sera possible de trouver de la drogue à l'endroit précis et au moment précis où la fouille est effectuée. Bien qu'il soit nécessaire que la fouille effectuée dans une école à l'aide d'un chien renifleur se fonde sur des motifs raisonnables de soupçonner qu'il sera possible de trouver de la drogue sur les lieux au moment où la fouille se déroule, il est irréaliste de s'attendre à ce que cette fouille soit effectuée à l'instant même où les soupçons raisonnables prennent naissance. La durée des soupçons dépendra en grande partie de la nature des informations reçues et de l'existence d'indices additionnels confirmant que des drogues sont encore présentes à l'école. Dans chaque cas, la question essentielle est de savoir s'il existe des motifs suffisants de soupçonner la présence de drogues au moment où la fouille est effectuée. [152] [163-164] [168] [174-175]

In this case, the search of the accused's backpack was unreasonable. The trial judge determined that the students were aware of the zero-tolerance policy for drugs and that it may be enforced using sniffer dogs, but there is no evidence that the sniffer-dog search which led police to arrest the accused was founded on a current reasonable suspicion that drugs would be found. The trial judge concluded that school authorities had little more than a "reasonably well-educated guess" that drugs would be at the school on the day the search was conducted. The evidence likewise indicates that the police themselves had no direct awareness as to the possible existence of drugs at the school on the day the search occurred. [179-180]

Although the search violated s. 8 of the *Charter*, the trial judge erred in excluding the evidence found in the accused's backpack pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The search, which was conducted in good faith and was non-intrusive in nature, occurred in an environment where the expectation of privacy was diminished. The evidence obtained was non-conscriptive in nature and did not affect the fairness of the trial. [190]

Cases Cited

By LeBel J.

Applied: *R. v. Kang-Brown*, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18; **referred to:** *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393.

By Binnie J.

Applied: *R. v. Kang-Brown*, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18; **referred to:** *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001); *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984); *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R.

En l'espèce, la fouille du sac à dos de l'accusé était abusive. Le juge du procès a déterminé que les élèves étaient au courant de la politique de tolérance zéro en matière de drogues et qu'ils savaient qu'elle pouvait être appliquée à l'aide de chiens renifleurs, mais il n'y a aucune preuve que la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur qui a permis aux policiers d'arrêter l'accusé se fondait sur des motifs raisonnables et actuels de soupçonner que des drogues pourraient être découvertes. Le juge du procès a conclu que la direction de l'école n'avait rien d'autre qu'une « supposition raisonnablement fondée sur l'expérience » selon laquelle il y aurait des drogues à l'école le jour de la fouille. Il ressort de même de la preuve que les policiers eux-mêmes n'étaient pas directement au courant de la présence possible de drogues à l'école le jour où ils ont effectué la fouille. [179-180]

Même si la fouille a été effectuée en violation de l'art. 8 de la *Charte*, le juge du procès a commis une erreur en écartant aux termes du par. 24(2) de la *Charte* les éléments de preuve trouvés dans le sac à dos de l'accusé. La fouille, faite de bonne foi et peu envahissante, a été effectuée dans un milieu où l'attente en matière de vie privée était réduite. Les éléments de preuve n'ont pas été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et ils n'ont pas porté atteinte à l'équité du procès. [190]

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêt appliqué : *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18; **arrêt mentionné :** *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393.

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18; **arrêts mentionnés :** *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *Kyllo c. United States*, 533 U.S. 27 (2001); *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *United States c. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984); *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S.

1111; *Doe v. Renfrow*, 631 F.2d 91 (1980); *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607.

By Deschamps J. (dissenting)

R. v. Kang-Brown, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Campanella* (2005), 75 O.R. (3d) 342; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

By Bastarache J. (dissenting)

R. v. Kang-Brown, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 10(2)(*a*)(iii).
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 49.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254.
Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 98, 99.2.
Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 301(1), 306(1)2, 309(1)5.
Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c. 17, ss. 15(1), 16(1), (2), 17(1).

Authors Cited

Amsterdam, Anthony G. "Perspectives on the Fourth Amendment" (1973-1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349.

1111; *Doe c. Renfrow*, 631 F.2d 91 (1980); *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

R. c. Kang-Brown, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Campanella* (2005), 75 O.R. (3d) 342; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

R. c. Kang-Brown, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 254.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 10(2)*a*)(iii).
Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 301(1), 306(1)2, 309(1)5.
Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2000, ch. 17, art. 15(1), 16(1), (2), 17(1).
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 49.
Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^{e} suppl.), art. 98, 99.2.

Doctrine citée

Amsterdam, Anthony G. « Perspectives on the Fourth Amendment » (1973-1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349.

Australia. New South Wales. *Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act 2001*. Sydney: NSW Ombudsman, 2006.

Bird, Robert. "An Examination of the Training and Reliability of the Narcotics Detection Dog" (1996-97), 85 *Ky. L.J.* 405.

Bryson, Sandy. *Police Dog Tactics*, 2nd ed. Calgary: Detselig Enterprises, 2000.

Coughlan, Steve. "Privacy Goes to the Dogs" (2006), 40 C.R. (6th) 31.

Coughlan, Steve, and Marc S. Gorbet. "Nothing Plus Nothing Equals . . . Something? A Proposal for FLIR Warrants on Reasonable Suspicion" (2005), 23 C.R. (6th) 239.

Eden, Robert S. *K9 Officer's Manual*. Calgary: Detselig Enterprises, 1993.

Gold, Alan D. "Privacy Suffers From the Heat: R. v. Tessling". Paper delivered at Law Society of Upper Canada 5th Annual Six-Minute Criminal Defence Lawyer, June 4, 2005.

Katz, Lewis R. "In Search of a Fourth Amendment for the Twenty-first Century" (1989-1990), 65 *Ind. L.J.* 549.

Katz, Lewis R., and Aaron P. Golembiewski. "Curbing the Dog: Extending the Protection of the Fourth Amendment to Police Drug Dogs" (2006-2007), 85 *Neb. L. Rev.* 735.

Kerr, Ian, and Jena McGill. "Emanations, Snoop Dogs and Reasonable Expectations of Privacy" (2007), 52 *Crim. L.Q.* 392.

Lammers, Ken. "Canine Sniffs: The Search That Isn't" (2005), 1 *N.Y.U. J.L. & Liberty* 845.

MacKay, A. Wayne. "Don't Mind Me, I'm from the R.C.M.P.: *R. v. M. (M.R.)* — Another Brick in the Wall Between Students and Their Rights" (1997), 7 C.R. (5th) 24.

Ontario. Ministry of Education. *Ontario Schools: Code of Conduct*. Toronto: Queen's Printer, 2001.

Pollack, Kenneth L. "Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime: Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard" (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803.

Pomerance, Renee. "Shedding Light on the Nature of Heat: Defining Privacy in the Wake of *R. v. Tessling*" (2005), 23 C.R. (6th) 229.

Rosenberg, Marc. "Controlling Intrusive Police Investigative Techniques Under Section 8" (1991), 1 C.R. (4th) 32.

Stuart, Don. "Reducing Charter Rights of School Children" (1999), 20 C.R. (5th) 230.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Goudge, Armstrong and Blair JJ.A.)

Australie. Nouvelle-Galles du Sud. *Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act 2001*. Sydney : NSW Ombudsman, 2006.

Bird, Robert. « An Examination of the Training and Reliability of the Narcotics Detection Dog » (1996-1997), 85 *Ky. L.J.* 405.

Bryson, Sandy. *Police Dog Tactics*, 2nd ed. Calgary : Detselig Enterprises, 2000.

Coughlan, Steve. « Privacy Goes to the Dogs » (2006), 40 C.R. (6th) 31.

Coughlan, Steve, and Marc S. Gorbet. « Nothing Plus Nothing Equals . . . Something? A Proposal for FLIR Warrants on Reasonable Suspicion » (2005), 23 C.R. (6th) 239.

Eden, Robert S. *K9 Officer's Manual*. Calgary : Detselig Enterprises, 1993.

Gold, Alan D. « Privacy Suffers From the Heat : R. v. Tessling ». Paper delivered at Law Society of Upper Canada 5th Annual Six-Minute Criminal Defence Lawyer, June 4, 2005.

Katz, Lewis R. « In Search of a Fourth Amendment for the Twenty-first Century » (1989-1990), 65 *Ind. L.J.* 549.

Katz, Lewis R., and Aaron P. Golembiewski. « Curbing the Dog : Extending the Protection of the Fourth Amendment to Police Drug Dogs » (2006-2007), 85 *Neb. L. Rev.* 735.

Kerr, Ian, and Jena McGill. « Emanations, Snoop Dogs and Reasonable Expectations of Privacy » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 392.

Lammers, Ken. « Canine Sniffs : The Search That Isn't » (2005), 1 *N.Y.U. J.L. & Liberty* 845.

MacKay, A. Wayne. « Don't Mind Me, I'm from the R.C.M.P. : *R. v. M. (M.R.)* — Another Brick in the Wall Between Students and Their Rights » (1997), 7 C.R. (5th) 24.

Ontario. Ministère de l'Éducation. *Écoles de l'Ontario : Code de conduite*. Toronto : Imprimeur de la Reine, 2001.

Pollack, Kenneth L. « Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime : Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard » (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803.

Pomerance, Renee. « Shedding Light on the Nature of Heat : Defining Privacy in the Wake of *R. v. Tessling* » (2005), 23 C.R. (6th) 229.

Rosenberg, Marc. « Controlling Intrusive Police Investigative Techniques Under Section 8 » (1991), 1 C.R. (4th) 32.

Stuart, Don. « Reducing Charter Rights of School Children » (1999), 20 C.R. (5th) 230.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Goudge, Armstrong et Blair)

(2006), 79 O.R. (3d) 481, 209 O.A.C. 257, 208 C.C.C. (3d) 438, 37 C.R. (6th) 372, [2006] O.J. No. 1663 (QL), 2006 CarswellOnt 2579, upholding the accused's acquittal entered by Hornblower J. (2004), 120 C.R.R. (2d) 181, [2004] O.J. No. 2716 (QL), 2004 CarswellOnt 2603, 2004 ONCJ 98. Appeal dismissed, Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting.

Kenneth J. Yule, Q.C., Jolaine Antonio and *Lisa Matthews*, for the appellant.

Walter Fox, for the respondent.

Robert W. Hubbard and *Alison Wheeler*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Dominique A. Jobin and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Kenneth D. Madsen, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Frank Addario and *Emma Phillips*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Jonathan C. Lisus, Christopher A. Wayland and *Sarah Corman*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Thomas McRae, for the intervener the St. Clair Catholic District School Board.

Martha Mackinnon, for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (Justice for Children and Youth).

The reasons of LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. were delivered by

[1] LeBel J. — I have read the reasons of my colleague Binnie J. I agree that the appeal should be dismissed, but on the basis of my comments in the companion case, *R. v. Kang-Brown*, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18. Students are entitled to privacy even in a school environment (*R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, at para. 32). Entering a schoolyard does not amount to crossing the border of a

(2006), 79 O.R. (3d) 481, 209 O.A.C. 257, 208 C.C.C. (3d) 438, 37 C.R. (6th) 372, [2006] O.J. No. 1663 (QL), 2006 CarswellOnt 2579, qui a confirmé l'acquittement de l'accusé par le juge Hornblower (2004), 120 C.R.R. (2d) 181, [2004] O.J. No. 2716 (QL), 2004 CarswellOnt 2603, 2004 ONCJ 98. Pourvoi rejeté, les juges Bastarache, Deschamps et Rothstein sont dissidents.

Kenneth J. Yule, c.r., Jolaine Antonio et *Lisa Matthews*, pour l'appelante.

Walter Fox, pour l'intimé.

Robert W. Hubbard et *Alison Wheeler*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Dominique A. Jobin et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Kenneth D. Madsen, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Frank Addario et *Emma Phillips*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Jonathan C. Lisus, Christopher A. Wayland et *Sarah Corman*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Thomas McRae, pour l'intervenante St. Clair Catholic District School Board.

Martha Mackinnon, pour l'intervenante Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (Justice for Children and Youth).

Version française des motifs des juges LeBel, Fish, Abella et Charron rendus par

[1] Le juge LeBel — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Binnie. Comme lui, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, mais sur le fondement des commentaires que j'ai faits dans le pourvoi connexe *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18. La vie privée des élèves doit être protégée, même en milieu scolaire (*R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 32). Le fait

foreign state. Students ought to be able to attend school without undue interference from the state, but subject, always, to normal school discipline.

[2] As found by the Court of Appeal and by Binnie J., a search was conducted. The authority for that search was nowhere to be found in the statute law or at common law. This is not a case, for example, where the police would have entered the school under the authority of a search warrant and used sniffer dogs to assist in effecting a more focussed search. Nor was the dog-sniffer search conducted by the school authorities on proper grounds as set out in *M. (M.R.)*. For the reasons stated in *Kang-Brown*, our Court should not attempt to craft a legal framework of general application for the use of sniffer dogs in schools. As a result, the evidence was properly excluded under para. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I would dismiss the appeal.

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

[3] BINNIE J. — The issues in the present appeal are whether a sniffer-dog "sniff" of a student's backpack is a search within the meaning of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, in what circumstances police officers may use sniffer dogs to search a school for illicit drugs. This case involves routine crime investigation. It does not involve explosives, guns or other public safety issues in the schools.

[4] This appeal was argued together with *R. v. Kang-Brown*, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18 (released concurrently), which raises similar issues in the context of a bus terminal. In both appeals, arguments were framed by analogy with technology or devices considered in decided cases,

d'entrer dans la cour d'une école n'équivaut pas à traverser la frontière d'un État étranger. Les élèves doivent pouvoir aller à l'école sans intervention injustifiée de l'État, mais sous réserve, toujours, de la discipline scolaire normale.

[2] Comme l'ont indiqué la Cour d'appel et le juge Binnie, une fouille a été effectuée. Cette fouille n'était nullement autorisée par la loi ou la common law. Ce n'aurait pas été le cas, par exemple, si la police s'était présentée à l'école munie d'un mandat et si elle avait utilisé des chiens renifleurs pour l'aider à effectuer une fouille plus ciblée. La fouille à l'aide d'un chien renifleur n'a pas non plus été menée par la direction de l'école pour des motifs valables, comme le permet l'arrêt *M. (M.R.)*. Pour les motifs énoncés dans *Kang-Brown*, notre Cour ne devrait pas tenter d'élaborer un cadre juridique d'application générale régissant l'utilisation de chiens renifleurs dans les écoles. Par conséquent, c'est à bon droit que la preuve a été exclue en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

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

[3] LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, la Cour doit décider si le fait, pour un chien renifleur, de « flairer » le sac à dos d'un élève constitue une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, elle doit déterminer les circonstances dans lesquelles les policiers peuvent avoir recours à des chiens renifleurs pour effectuer une fouille dans une école à la recherche de drogues illicites. Il s'agit en l'espèce d'une simple enquête criminelle qui ne met pas en cause la présence d'explosifs, d'armes à feu ou d'autres questions de sécurité publique dans les écoles.

[4] La présente affaire a été plaidée en même temps que *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18 (dont les motifs sont déposés simultanément), qui soulève des questions similaires dans le contexte d'une gare d'autobus. Dans les deux pourvois, des analogies ont été faites avec des

especially *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67. In *Kang-Brown*, a majority of the Alberta Court of Appeal equated a dog sniff of the odour of marijuana emanating from a piece of luggage to the infrared imaging of heat emanating from a building in *Tessling*. Emanations were treated generically as largely devoid of any constitutionally protected privacy interest, regardless (it seems) of the very different value to the police of the information thereby obtained about what an individual seeks to preserve as private.

techniques ou dispositifs examinés dans des décisions antérieures, notamment dans *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67. Dans *Kang-Brown*, les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont assimilé la découverte, par un chien, d'une odeur de marijuana émanant d'un bagage à l'imagerie infrarouge permettant de détecter la chaleur se dégageant d'un édifice, dont il était question dans *Tessling*. On a considéré que la protection du droit au respect de la vie privée garantie par la Constitution ne vise pas les émanations en général, peu importe (semble-t-il) la valeur très différente qu'a pour la police l'information ainsi obtenue au sujet des éléments dont une personne tente de préserver le caractère privé.

[5] Section 8 has proven to be one of the most elusive *Charter* provisions despite the apparent simplicity of its language:

> **8.** Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

In the present appeal, the Ontario Court of Appeal saw a "significant difference" ((2006), 79 O.R. (3d) 481, at para. 47), between sniffer dogs and *Tessling*-type heat imaging technology, but framed the issue more broadly, as had the trial judge, in terms of the reasonableness of "a trained police dog sniffing at the personal effects of an entire student body in a random police search" (para. 47). I think the approach of the Ontario courts is more in keeping with the "totality of the circumstances" reasoning adopted in s. 8 cases by this Court in *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45, and *Tessling* itself where, at para. 19, the Court said:

> . . . the Court early on established a purposive approach to s. 8 in which privacy became the dominant organizing principle. . . . Given the bewildering array of different techniques available to the police (either existing or under development), the alternative approach of a judicial "catalogue" of what is or is not permitted by s. 8 is scarcely feasible.

[5] L'article 8 s'est avéré l'une des dispositions de la *Charte* les plus difficiles à saisir malgré l'apparente simplicité de son libellé :

> **8.** Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Dans le présent pourvoi, la Cour d'appel de l'Ontario a vu une [TRADUCTION] « différence importante » ((2006), 79 O.R. (3d) 481, par. 47) entre les chiens renifleurs et la technologie de l'imagerie thermique dont il était question dans *Tessling*; cependant, comme le juge du procès, elle a formulé la question de façon plus générale, se demandant s'il était raisonnable qu'un [TRADUCTION] « chien policier dressé flaire les effets personnels de tous les élèves d'une école à l'occasion d'une fouille effectuée au hasard par la police » (par. 47). Je pense que la démarche retenue par les tribunaux ontariens respecte davantage le raisonnement fondé sur l'« ensemble des circonstances » suivi par notre Cour à l'égard de l'art. 8 dans les arrêts *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45, et *Tessling* lui-même, par. 19, où elle a dit :

> La Cour a [. . .] très tôt adopté à l'égard de l'art. 8 une méthode téléologique axée principalement sur le respect de la vie privée. [. . .] Étant donné l'ensemble déconcertant de techniques différentes (existantes ou en développement) qui s'offrent à la police, il ne serait guère réaliste d'appliquer l'autre méthode consistant à établir un « catalogue » judiciaire de ce qui est ou n'est pas permis par l'art. 8.

Stripped of the relevant context, musing on the differences between a dog's nose and an infrared camera, or generalizing about "emanations", does not greatly advance the resolution of the issues before us. What is required is to strike an appropriate balance between the state's need to search (whether the need be public safety, routine crime investigation or other public interest) against the invasion of privacy which the search entails, including the disruption and prejudice that may be caused to law-abiding members of the public, whether travelling (as in *Kang-Brown*) or in the schools (as here) or in the peace and quiet of their own homes.

[6] In this case, the principal of St. Patrick's High School, in Sarnia, had issued a standing invitation to the Sarnia police to bring sniffer dogs to the school whenever convenient to the police. Both the Attorney General of Ontario and the intervener St. Clair Catholic District School Board argue that this invitation was all the justification the police required. The accused, on the other hand, argues that sniffer dogs may only be used where the police have reasonable grounds to believe a drug offence has been committed by the individual who is the subject of the search and that a search will lead to discovery of evidence or, perhaps, to the apprehension of the perpetrator. The Attorney General of Ontario denies that the use of sniffer dogs constitutes a s. 8 search at all, as the dogs simply sniff the air which is part of our shared public space. He thus contends that nothing done here even engaged the rights of the accused under s. 8 of the *Charter*. The youth court judge held that neither the police nor the school authorities had anything more than a "hunch" to suspect the presence of drugs in the school at the relevant time of the search ((2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98). He held the "sniff" to be a search and excluded the evidence both of the dog sniff and the subsequent physical search by the police of the student's backpack.

Hors de tout contexte pertinent, il n'est guère utile pour trancher les questions soulevées devant nous de s'attarder sur les différences entre le museau d'un chien et une caméra à infrarouge, ou de faire des généralisations au sujet des « émanations ». Il faut plutôt établir un juste équilibre entre le besoin de l'État d'effectuer des fouilles ou des perquisitions (que celles-ci soient nécessaires aux fins de la sécurité publique, d'une simple enquête criminelle ou d'un autre intérêt public) et l'atteinte à la vie privée que la fouille ou la perquisition comporte, notamment l'embarras et le préjudice pouvant être causés aux citoyens respectueux des lois, que ce soit lors de déplacements (comme dans *Kang-Brown*), à l'école (comme en l'espèce) ou dans la paix et la tranquillité de leur foyer.

[6] En l'espèce, le directeur de l'école secondaire St. Patrick's de Sarnia avait invité les policiers de Sarnia à venir à l'école avec des chiens renifleurs chaque fois que cela leur conviendrait. Le procureur général de l'Ontario et l'intervenant, le conseil scolaire du district catholique de St. Clair, soutiennent que cette invitation était la seule justification dont avait besoin la police. L'accusé prétend par contre que la police ne peut avoir recours à des chiens renifleurs que lorsqu'elle a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction en matière de drogue a été commise par la personne faisant l'objet de la fouille et que la fouille mènera à la découverte d'éléments de preuve ou, peut-être même, à l'arrestation de l'auteur de l'infraction. Le procureur général de l'Ontario nie que le recours à des chiens renifleurs constitue une fouille au sens de l'art. 8 car les chiens ne font que flairer l'air qui fait partie de notre espace public commun. Il prétend par conséquent qu'aucune des mesures prises en l'espèce n'a déclenché l'application des droits reconnus à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte*. Le juge du tribunal pour adolescents a statué que la police et la direction de l'école se sont appuyés uniquement sur une « intuition » pour soupçonner la présence de drogues à l'école au moment de la fouille ((2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98). Il a conclu qu'il y a eu fouille lorsque le chien a « flairé » le sac à dos de l'élève et il a écarté les éléments de preuve obtenus grâce au chien renifleur et à la fouille subséquente du sac de l'élève par un policier.

[7] For the reasons expressed in *Kang-Brown*, I believe the common law powers of the police to investigate crime and bring perpetrators to justice includes the use of sniffer dogs. Such powers, however, are subject to compliance with the *Charter*.

[8] I also agree with the youth court judge that the deployment of sniffer dogs in the school constituted a s. 8 search, which may be defined as the state invasion of a reasonable expectation of privacy; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 533. The dog's positive alert led immediately and without judicial intervention to the physical examination of the contents of the accused's backpack to confirm the dog's identification of illegal drugs.

[9] While the dog sniff constituted a search, it is a search of a minimally intrusive and tightly targeted type. For reasons to be explained, I would not go so far as the accused who insists that the full *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, requirement of *prior* judicial authorization must be imposed. In effect, the defence argument would mean that the dogs can only be used where there is no need for them. If the police have reasonable and probable grounds to believe that an individual has committed a drug offence and that a search would lead to apprehension of the perpetrator and/or discovery of evidence, the police would already have the grounds required for a search warrant. The defence argument produces too much rigidity and does not take into account the minimally intrusive nature of a sniffer-dog search, and the fact that a sniffer dog properly trained and handled "alerts" only to contraband with a high degree of accuracy.

[10] In the United States, from whose Fourth Amendment decisions *Hunter v. Southam* drew inspiration, a series of divided Supreme Court decisions has declined to grant *any* Fourth Amendment protection against "narcotic" sniffer dogs. This may be, at least in part, because the courts may fear

[7] Pour les raisons exposées dans *Kang-Brown*, j'estime que les pouvoirs que la common law confère aux policiers de faire enquête sur les crimes et de traduire leurs auteurs en justice englobent le recours à des chiens renifleurs. Toutefois, l'exercice de ces pouvoirs doit être conforme à la *Charte*.

[8] Je suis également d'accord avec le juge du tribunal pour adolescents pour dire que l'utilisation de chiens renifleurs dans l'école constituait une fouille au sens de l'art. 8, c'est-à-dire une atteinte de l'État à une attente raisonnable en matière de vie privée; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 533. La réaction positive du chien a immédiatement entraîné, sans intervention judiciaire, l'examen du contenu du sac à dos de l'accusé pour confirmer la détection par le chien de la présence de drogues illégales.

[9] L'intervention du chien renifleur constituait une fouille, mais il s'agit d'une procédure peu envahissante et étroitement ciblée. Pour les motifs exposés ci-après, je n'irais pas jusqu'à dire, comme le demande avec insistance l'accusé, qu'il faut exiger l'autorisation judiciaire *préalable* que prévoit l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. En fait, l'argument de la défense signifierait qu'il n'est possible d'avoir recours aux chiens que dans les cas où on n'a nullement besoin d'eux. Si elle a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un individu a commis une infraction en matière de drogue et qu'une fouille ou une perquisition mènerait à l'arrestation de l'auteur de l'infraction ou à la découverte d'éléments de preuve, la police a déjà des motifs suffisants pour obtenir la délivrance d'un mandat de perquisition. L'argument de la défense entraîne une trop grande rigidité; il ne tient pas compte de la nature peu envahissante de la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur ni du fait qu'un chien renifleur bien dressé et correctement utilisé ne « réagit » qu'en présence d'articles interdits et ce, avec une grande fiabilité.

[10] Dans une série de décisions partagées concernant le Quatrième Amendement, dont s'est inspirée notre Cour dans *Hunter c. Southam*, la Cour suprême des États-Unis a refusé d'accorder *toute* protection prévue au Quatrième Amendement à l'égard de chiens renifleurs dressés pour détecter la

that once it is found that a police activity amounts to an invasion of a cognizable privacy interest, the legal machinery of prior judicial authorization is presumptively imposed: *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). This may have involved the U.S. courts in a form of cost-benefit analysis, as noted by K. L. Pollack:

> . . . in deciding these cases, the Court arguably made implicit findings that the costs of imposing a probable cause requirement outweighed the corresponding benefits to individual privacy. In these cases, the intrusion into individual interests was low, and the Court seemed unconcerned about the prospect of arbitrary government use of these searching methods. . . . [I]n pure investigatory searches, no middle standard exists between suspicionless searches and those searches based on probable cause.

(K. L. Pollack, "Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime: Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard" (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803, at pp. 820-21)

[11] The result of this U.S. jurisprudence is that use of police sniffer dogs for crime investigation sits entirely outside the Fourth Amendment. I do not agree that in Canada such use of police dogs is without constitutional regulation, although I agree that the degree and nature of that s. 8 regulation must be apt to the circumstances and reflect the minimally intrusive, contraband-specific nature and, where established, accurate olfactory capacity of a properly trained dog. This context gives rise to two consequences of importance.

[12] Firstly, I conclude that in the context of a routine criminal investigation, the police are entitled to use sniffer dogs based on a "reasonable *suspicion*".

présence de « stupéfiants ». Ce refus tient peut-être, du moins en partie, au fait que les tribunaux peuvent craindre que, dès lors qu'une mesure policière est jugée constituer une atteinte à un droit reconnu au respect de la vie privée, le mécanisme de l'autorisation judiciaire préalable prévu par la loi est présumé s'appliquer : *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967). C'est ce qui a peut-être amené les tribunaux américains à se lancer dans une forme d'analyse des avantages et des inconvénients, ainsi que l'a souligné K. L. Pollack :

> [TRADUCTION] . . . en rendant la décision dans ces affaires, la Cour a peut-être conclu implicitement qu'en exigeant une cause probable, les inconvénients l'emportaient sur les avantages correspondants pour le respect de la vie privée des individus. Dans ces affaires, l'atteinte aux droits individuels était minime et la Cour n'a pas semblé s'inquiéter de la possibilité que le gouvernement utilise arbitrairement ces méthodes de perquisition. [. . .] [L]ors de véritables fouilles ou perquisitions effectuées à des fins d'enquête, il n'y a pas de moyen terme entre les fouilles ou perquisitions effectuées en l'absence de tout soupçon et celles qui sont fondées sur une cause probable.

(K. L. Pollack, « Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime : Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard » (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803, p. 820-821)

[11] Aux États-Unis, en raison de cette jurisprudence, l'utilisation par la police de chiens renifleurs dans le cadre d'enquêtes criminelles échappe entièrement à l'application du Quatrième Amendement. À mon avis, le recours aux chiens policiers au Canada n'échappe pas aux dispositions constitutionnelles, mais je conviens que la réglementation fondée sur l'art. 8 doit être appropriée aux circonstances et doit tenir compte du fait que le recours à un chien renifleur bien dressé, si la fiabilité de son odorat est établie, constitue une atteinte minime qui ne vise à découvrir que des articles interdits. Ce contexte engendre deux conséquences importantes.

[12] Premièrement, je conclus que, dans le contexte d'une enquête criminelle ordinaire, la police a le droit d'utiliser des chiens renifleurs

If there are no grounds of reasonable suspicion, the use of the sniffer dogs will violate the s. 8 reasonableness standard.

[13] Secondly, where there *are* grounds of reasonable suspicion, I believe the police should not have to take their suspicions to a judicial official for prior authorization to use the dogs in an area where the police are already lawfully present (in any event there is at present no mechanism in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to issue such an authorization based only on reasonable suspicion). All "searches" do not have the same invasive and disruptive quality. In *Hunter v. Southam*, the combines officers were poised to rummage through private papers of varying degrees of relevance and irrelevance of the *Edmonton Journal* under a Director's order whose sweep was described by Dickson J. as "breathtaking" (p. 150). The *Hunter v. Southam* requirement of prior judicial authorization is the gold standard because an important purpose of s. 8 is to *prevent* unreasonable searches and not in the usual case just to give an after-the-fact remedy. However, prior judicial authorization is not a universal condition precedent to any and all police actions characterized as "searches" given that the touchstone of s. 8 is reasonableness. Account must be taken in s. 8 matters of *all* the relevant circumstances including (as stated) the minimal intrusion, contraband-specific nature and high accuracy rate of a fly-by sniff. The warrantless search is, of course, *presumptively* unreasonable, and must satisfy the exceptional requirements set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278.

[14] If the sniff is conducted on the basis of reasonable suspicion and discloses the presence of illegal drugs on the person or in a backpack or other place of concealment, the police may, in my view, confirm the accuracy of that information

lorsqu'elle a des « *soupçons* raisonnables ». Si elle n'est pas justifiée d'avoir des soupçons raisonnables, le recours aux chiens renifleurs contreviendra à la norme du caractère raisonnable imposée par l'art. 8.

[13] Deuxièmement, lorsqu'il *existe* des motifs d'avoir des soupçons raisonnables, j'estime que la police ne devrait pas avoir à soumettre ses soupçons à un juge pour obtenir l'autorisation préalable d'utiliser des chiens dans un lieu où la police se trouve déjà légalement (de toute façon, le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ne prévoit à l'heure actuelle aucun mécanisme permettant l'obtention d'une telle autorisation sur la simple base de soupçons raisonnables). Toutes les « fouilles ou perquisitions » n'ont pas le même caractère envahissant ou perturbant. Dans *Hunter c. Southam*, les fonctionnaires affectés aux enquêtes sur les coalitions étaient sur le point de fouiller dans des dossiers personnels plus ou moins pertinents du *Edmonton Journal* en vertu d'un ordre du directeur dont la portée a été qualifiée de « renversante » par le juge Dickson (p. 150). L'exigence d'une autorisation judiciaire préalable conformément à *Hunter c. Southam* est la norme de qualité parce que l'un des objectifs importants de l'art. 8 est d'*empêcher* les fouilles et les perquisitions abusives et non pas simplement de prévoir un recours après le fait. Toutefois, l'autorisation judiciaire préalable n'est pas une condition préalable universelle à toutes les mesures policières qualifiées de « fouilles ou perquisitions » étant donné que l'élément fondamental de l'art. 8 est le caractère raisonnable. Dans les affaires où il est question de l'art. 8, il faut tenir compte de *toutes* les circonstances pertinentes, y compris (comme je l'ai mentionné) l'atteinte minime, la recherche ciblée d'articles interdits et la grande fiabilité de l'intervention fortuite d'un chien renifleur. La fouille ou la perquisition sans mandat est, évidemment, *présumée* abusive et doit satisfaire aux exigences exceptionnelles établies dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278.

[14] Si la fouille à l'aide d'un chien renifleur est effectuée sur la base de soupçons raisonnables et révèle la présence de drogues illégales sur la personne elle-même, dans un sac à dos ou à tout autre endroit où elles ont pu être cachées, la police peut,

with a physical search, again without prior judicial authorization, as will be discussed. But, of course, all such searches by the dogs or the police are subject to after-the-fact judicial review if it is alleged (as here) that no grounds of reasonable suspicion existed, or that the search was otherwise carried out in an unreasonable manner. Here the after-the-fact judicial review was engaged when the prosecution attempted to rely on the evidence obtained in the search. The exceptional authority given to the police to use sniffer dogs on the basis of reasonable suspicion and without prior judicial authorization will, if abused, lead to important consequences under s. 24(2) of the *Charter* which provides that where a court concludes

à mon avis, s'assurer de l'exactitude de cette information grâce à une fouille physique, effectuée encore une fois sans autorisation judiciaire préalable, ainsi qu'on le verra plus loin. Mais évidemment, toutes ces fouilles effectuées à l'aide de chiens ou par des policiers sont assujetties à un contrôle judiciaire ultérieur s'il est allégué (comme c'est le cas en l'espèce) qu'il n'y avait aucun motif d'avoir des soupçons raisonnables, ou que la fouille a été par ailleurs effectuée de manière abusive. En l'espèce, le contrôle judiciaire ultérieur a été enclenché lorsque la poursuite a tenté d'invoquer les éléments de preuve obtenus lors de la fouille. Le pouvoir exceptionnel de la police d'avoir recours à des chiens renifleurs sans autorisation judiciaire préalable, lorsqu'elle a des soupçons raisonnables, aura en cas d'abus des conséquences importantes en vertu du par. 24(2) de la *Charte* qui prévoit que, lorsque le tribunal a conclu

> that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

> que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

The exclusion remedy was granted in this case and, in my opinion, rightly so.

En l'espèce, selon moi, c'est à juste titre que les éléments de preuve ont été exclus.

[15] I accept the youth court judge's finding of fact that this was a random speculative search. What was done here may have been seen by the police as an efficient use of their resources, and by the principal of the school as an efficient way to advance a zero-tolerance policy. But these objectives were achieved at the expense of the privacy interest (and constitutional rights) of every student in the school, as the youth court judge and the Court of Appeal pointed out. The *Charter* weighs other values, including privacy, against an appetite for police efficiency. A hunch is not enough to warrant a search of citizens or their belongings by police dogs.

[15] Je suis d'accord avec le juge du tribunal pour adolescents qui a conclu en fait qu'il s'agissait d'une fouille conjecturale faite au hasard. Il se peut que la police ait considéré alors que la fouille constituait une utilisation efficace de ses ressources et que le directeur de l'école y ait vu un moyen efficace de promouvoir une politique de tolérance zéro. Mais ainsi que l'ont souligné le juge du tribunal pour adolescents et la Cour d'appel, ces objectifs ont été atteints au mépris du droit de chaque élève de l'école au respect de sa vie privée (et de ses droits constitutionnels). La *Charte* établit un équilibre entre d'autres valeurs, dont la vie privée, et le besoin d'assurer l'efficacité de la police. Une intuition ne suffit pas pour justifier la fouille de citoyens ou de leurs biens à l'aide de chiens policiers.

[16] The youth court judge, having refused to admit the evidence produced by the search,

[16] Ayant refusé d'admettre les éléments de preuve obtenus grâce à la fouille, le juge du tribunal

acquitted the accused. The Ontario Court of Appeal affirmed the acquittal, and I would dismiss the further appeal to this Court.

I. Facts

[17] In 2000, the principal of St. Patrick's High School advised the Youth Bureau of Sarnia Police Services that if the police ever had sniffer dogs available to bring into the school to search for drugs, they were welcome to do so. On a couple of occasions prior to the facts giving rise to the present appeal, the police had taken advantage of the invitation to check the parking lot, the hallways and, time permitting, other areas suggested by the principal. We do not know the results of these prior visits.

[18] The school had a zero-tolerance policy for possession and consumption of drugs and alcohol, a policy which had been communicated to the students and their parents.

[19] On November 7, 2002, three police officers decided to go to the school with a sniffer dog. The police asked the principal for "permission" to go through the school. At trial they admitted that they had no information that drugs were then present in the school and freely acknowledged that they had no grounds to obtain a search warrant. The principal acknowledged that he had no information about drugs in the school at that time, although he said: "[I]t's pretty safe to assume that they could be there" (A.R., at p. 49 (emphasis added)). In cross-examination, the principal was asked:

> Q. Okay. But you never, armed with specific information, had called them and said this is what I know, therefore I think a search should be conducted.
>
> A. No.
>
> (A.R., at p. 53)

pour adolescents a acquitté l'accusé. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le verdict d'acquittement et je suis d'avis de rejeter le pourvoi interjeté à notre Cour.

I. Faits

[17] En 2000, le directeur de l'école secondaire St. Patrick's a informé le service d'intervention auprès des jeunes de la police de Sarnia qu'il verrait d'un bon œil que des policiers, s'ils avaient à leur disposition des chiens renifleurs, viennent à l'école pour y effectuer une perquisition en vue de trouver de la drogue. À quelques reprises avant les faits à l'origine du présent pourvoi, la police avait accepté l'invitation et effectué des vérifications dans le stationnement, dans les corridors et, lorsqu'elle en avait le temps, dans d'autres endroits suggérés par le directeur. Nous ignorons les résultats de ces visites précédentes.

[18] L'école appliquait une politique de tolérance zéro en matière de possession et de consommation de drogues et d'alcool, une politique dont avaient été informés les élèves et leurs parents.

[19] Le 7 novembre 2002, trois policiers ont décidé de se rendre à l'école en compagnie d'un chien renifleur. Ils ont demandé au directeur [TRADUCTION] « la permission » de parcourir l'école. Au procès, ils ont admis qu'ils ne disposaient d'aucune information confirmant la présence de drogues à l'école à ce moment et ils ont volontiers reconnu qu'ils n'avaient aucun motif leur permettant d'obtenir un mandat de perquisition. Le directeur a admis qu'il ne disposait d'aucune information confirmant la présence de drogues dans l'école à ce moment-là; il a cependant ajouté [TRADUCTION] « on peut supposer sans risque d'erreur qu'il pourrait y en avoir » (d.a., p. 49 (je souligne)). En contre-interrogatoire, on a demandé au directeur :

> [TRADUCTION] Q. D'accord. Mais, vous ne les avez jamais appelés, munis de renseignements précis, pour leur dire c'est ce que je sais et, par conséquent, j'estime qu'une fouille devrait être effectuée.
>
> R. Non.
>
> (d.a., p. 53)

Police Officer Callander of the Sarnia Police gave similar evidence:

> Q. Okay. You did not have any direct awareness as to the existence of drugs and where that might be, and there was no indication that safety of people/students were at risk. You were not armed with any of that kind of information.
>
> A. No.

(A.R., at p. 84)

The principal had heard occasional anecdotal reports from parents or neighbours about "kids in our school who are doing drugs" (A.R., at p. 50), but nothing specific to the November 7, 2002 time period.

[20] Having issued a standing invitation, the principal readily gave permission to the police to search the school with sniffer dogs. The principal then used the school's public address system to tell everyone that the police were on the premises and that students should stay in "their classroom[s] until th[e] search was conducted" (A.R., at p. 47). The effect of this announcement was that no student could leave his or her classroom for the duration of the police investigation.

[21] The police, not the school authorities, took charge of the investigation. The principal testified that he had no involvement beyond giving permission and telling the students to remain in their classrooms. There was no discussion with him as to how the search was to be conducted.

[22] The police search included the gymnasium. Constable McCutchen of the Ontario Provincial Police was accompanied by his sniffer dog, Chief, who was trained to detect heroin, marijuana, hashish, crack cocaine and cocaine. There were no students in the school gymnasium but some backpacks were lying next to the wall. Chief "alerted" to one of the backpacks by biting at it. Constable McCutchen handed the backpack to Sarnia police Constable Callander who physically searched through its contents and confirmed Chief's identification of drugs

L'agent Callander de la police de Sarnia a fait une déclaration similaire lors de son témoignage :

> [TRADUCTION] Q. D'accord. Vous n'étiez pas directement au courant de la présence de drogues et de l'endroit où elles pouvaient se trouver, et rien n'indiquait qu'il y avait un risque pour la sécurité de personnes ou des élèves. Vous ne disposiez d'aucune information de ce genre.
>
> R. Non.

(d.a., p. 84)

Le directeur avait entendu à l'occasion des parents ou des voisins de l'école raconter que [TRADUCTION] « des enfants de notre école consomment des drogues » (d.a., p. 50), mais rien de précis au sujet du 7 novembre 2002.

[20] Leur ayant lancé une invitation permanente, le directeur a facilement accordé aux policiers la permission de fouiller l'école avec un chien renifleur. Il a ensuite utilisé le système d'interphone de l'école pour annoncer à tous que des policiers étaient sur les lieux et que les élèves étaient consignés dans [TRADUCTION] « leurs classes jusqu'à la fin de la fouille » (d.a., p. 47). En raison de cette annonce, aucun élève ne pouvait quitter sa classe pendant toute la durée de l'enquête de la police.

[21] Ce sont les policiers, et non la direction de l'école, qui se sont occupés des recherches. Le directeur a déclaré qu'il n'y avait nullement participé sauf pour donner sa permission et dire aux élèves de demeurer dans leurs classes. Les policiers n'ont pas discuté avec lui de la façon de procéder à la fouille.

[22] Les policiers ont également fouillé le gymnase. L'agent McCutchen de la Police provinciale de l'Ontario était accompagné de son chien renifleur, Chief, qui était dressé pour détecter la présence d'héroïne, de marijuana, de hachisch, de crack et de cocaïne. Aucun élève ne se trouvait dans le gymnase de l'école, mais quelques sacs à dos se trouvaient près d'un mur. Chief « a attiré l'attention » sur l'un des sacs à dos en le mordant. L'agent McCutchen a remis le sac à dos à l'agent Callander de la police de Sarnia qui l'a fouillé et y a trouvé

including five bags of marijuana, a tin box containing a further five bags of marijuana, a bag containing approximately ten magic mushrooms (psilocybin), a bag containing a pipe, a lighter, rolling papers and a roach clip. A.M.'s wallet, containing his identification, was in the backpack. A.M. was charged with possession for the purpose of trafficking marijuana and possession of psilocybin.

II. Relevant Constitutional Provisions

[23] The relevant *Charter* provisions read as follows:

Canadian Charter of Rights and Freedoms

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

III. Judicial History

A. *Ontario Youth Justice Court (Hornblower J.)* (2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98

[24] The youth court judge held that there were two searches conducted on November 7, 2002. The first was the sniffer-dog search, which resulted in the dog "alerting" to the backpack of A.M. The second was the physical search of the backpack by the Sarnia police officer. In his view, neither search was reasonable. While there was some evidence that neighbours and parents had expressed concern about the possible presence of drugs at the school, the school authorities possessed no information relevant to the day of the search. The school principal

de la drogue, comme l'avait indiqué Chief par sa réaction, soit cinq sacs de marijuana, une boîte en métal contenant cinq autres sacs de marijuana, un sac contenant environ dix champignons magiques (psilocybine) et un sac contenant une pipe, un briquet, du papier à cigarettes et un pince-joint. Le portefeuille de A.M., contenant ses pièces d'identité, se trouvait aussi dans le sac à dos. A.M. a été accusé de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic et de possession de psilocybine.

II. Dispositions constitutionnelles pertinentes

[23] Voici le texte des dispositions constitutionnelles pertinentes de la *Charte* :

Charte canadienne des droits et libertés

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

24. . . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

III. Historique judiciaire

A. *Tribunal pour adolescents de l'Ontario (le juge Hornblower)* (2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98

[24] Le juge du tribunal pour adolescents a conclu que deux fouilles ont été effectuées le 7 novembre 2002. La première était celle effectuée par le chien renifleur qui « a attiré l'attention » sur le sac à dos de A.M. La deuxième était la fouille même du sac à dos par le policier de Sarnia. De l'avis du juge, aucune de ces fouilles n'était raisonnable. Même si, selon certains éléments de preuve, des voisins de l'école et des parents avaient exprimé leurs inquiétudes au sujet de la présence possible de drogues à l'école, la direction de l'école ne disposait d'aucune

simply thought it possible that on any given day drugs might be found in the school. While some flexibility must be extended to school authorities, the youth court judge did not believe that "a reasonably well-educated guess" constituted reasonable grounds to conduct a search (para. 16).

[25] The youth court judge further found that the search in this case was not a search conducted by school authorities, but a search by the police. No school authority took any active role. The fact that the principal had on an earlier occasion invited a search by police did not convert the search on November 7, 2002 into one by school authorities.

[26] As to the admissibility of the evidence under s. 24(2) notwithstanding the *Charter* breach, the youth court judge acknowledged a reduced expectation of privacy in a school setting and noted that trafficking in marijuana is a serious offence. No bad faith could be imputed to either the police or the school authorities. On the other hand, the rights of every student in the school were violated that day as they were all subject to an unreasonable search. To admit the evidence would bring the administration of justice into disrepute. For these reasons, the youth court judge held that the evidence should be excluded, and A.M. acquitted.

B. *Court of Appeal for Ontario (Goudge, Armstrong and Blair JJ.A.)* (2006), 79 O.R. (3d) 481

[27] Armstrong J.A. wrote for the Court of Appeal that what had occurred at St. Patrick's High School on November 7, 2002 was a search by police. No school authority requested the presence of police on that day, and no school official played any active role in the search. The "standing invitation" to the police to conduct a sniffer-dog search

information pertinente en ce sens le jour de la perquisition. Le directeur de l'école pensait tout simplement qu'il était possible que l'on trouve en tout temps de la drogue à l'école. Bien qu'une certaine latitude doive être laissée aux directions d'école, le juge du tribunal pour adolescents n'a pas cru qu'[TRADUCTION] « une supposition raisonnablement fondée sur l'expérience » constituait un motif raisonnable d'effectuer une fouille (par. 16).

[25] Le juge du tribunal pour adolescents a en outre conclu qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'une fouille effectuée par la direction de l'école mais d'une fouille effectuée par la police. Aucun membre de la direction de l'école n'a participé activement à la fouille. Le directeur avait déjà invité la police à effectuer une fouille, mais cela n'a pas transformé la fouille du 7 novembre 2002 en fouille effectuée par la direction de l'école.

[26] Pour ce qui est de la recevabilité des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) malgré la violation de la *Charte*, le juge du tribunal pour adolescents a reconnu que l'attente en matière de vie privée est réduite dans une école et il a souligné que le trafic de marijuana est une infraction grave. On ne pouvait affirmer que la police ou la direction de l'école avaient fait preuve de mauvaise foi. Par contre, les droits de chacun des élèves de l'école ont été violés ce jour-là, car tous les élèves ont été soumis à une fouille abusive. L'admission des éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le juge du tribunal pour adolescents a conclu pour ces motifs que les éléments de preuve devaient être écartés et que A.M. devait être acquitté.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Goudge, Armstrong et Blair)* (2006), 79 O.R. (3d) 481

[27] Le juge Armstrong a écrit au nom de la Cour d'appel que c'est la police qui avait effectué une fouille à l'école secondaire St. Patrick's le 7 novembre 2002. Aucun membre de la direction de l'école n'avait demandé la présence de la police ce jour-là et aucun membre du personnel de l'école n'a participé activement à la fouille. L'invitation faite à la

of the school did not render this search a "search by school authorities" (para. 22).

[28] The court rejected the Crown's argument that the police conduct did not amount to a "search" within the meaning of s. 8, noting the Sarnia constable's testimony that the police went to the school to conduct a "random search" (emphasis added), that the Ontario Provincial Police constable agreed in cross-examination that he and the dog were engaged in a *search*, and that the Crown conceded that point at trial (para. 45).

[29] Armstrong J.A. disagreed with the Crown's contention that A.M.'s expectation of privacy in his backpack "was so significantly diminished as to be negligible" (para. 49). He accepted the submission of both counsel for the accused and the Canadian Civil Liberties Association that, as the Association had put it, "[a] student's backpack is in effect a portable bedroom and study rolled into one" (para. 50).

[30] Neither the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, nor its subsidiary policies, nor the provincial *Ontario Schools: Code of Conduct* (2001), provide for warrantless searches, and the principal had admitted that the school authorities themselves could not legally have conducted the search that was carried out by the police in this case.

[31] Armstrong J.A. observed that to facilitate the search, the entire student population was detained in their classrooms for a period of one and a half to two hours. Although the principal himself made the announcement to the student body, he did so to accommodate the police. There was no credible information to suggest that a search was justified and no reasonable grounds to detain the students. The detention aggravated the unreasonableness of the search.

police à venir en tout temps effectuer une fouille de l'école à l'aide d'un chien renifleur n'a pas fait de cette fouille une [TRADUCTION] « fouille par les autorités de l'école » (par. 22).

[28] La cour a rejeté l'argument du ministère public selon lequel les policiers n'avaient pas effectué une « fouille » au sens de l'art. 8, soulignant que le policier de Sarnia avait déclaré lors de son témoignage que la police s'était rendue à l'école pour effectuer une [TRADUCTION] « fouille au hasard » (je souligne), que le policier de la Police provinciale de l'Ontario a reconnu en contre-interrogatoire avoir effectué une *fouille* avec son chien et que le ministère public a admis ce fait au procès (par. 45).

[29] Le juge Armstrong n'a pas retenu la prétention du ministère public selon laquelle l'attente de A.M. en matière de vie privée en ce qui concerne son sac à dos [TRADUCTION] « était si réduite qu'elle devenait négligeable » (par. 49). Il a retenu l'argument des avocats de l'accusé et de l'Association canadienne des libertés civiles qui ont affirmé, ainsi que l'avait dit l'Association, que [TRADUCTION] « [le] sac à dos d'un élève est un peu comme sa chambre à coucher et sa salle d'étude qu'il transporte avec lui » (par. 50).

[30] Ni la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, ni ses politiques connexes, ni le *Code de conduite* (2001) des écoles de l'Ontario ne prévoient des fouilles sans mandat, et le directeur a admis que les membres de la direction de l'école n'auraient pas pu eux-mêmes effectuer légalement la fouille faite par la police en l'espèce.

[31] Le juge Armstrong a fait remarquer que, pour faciliter la fouille, tous les élèves ont été consignés dans leurs classes pendant une période d'une heure et demie à deux heures. Bien que le directeur ait lui-même annoncé la fouille aux élèves, il l'a fait pour faciliter la tâche des policiers. Aucune information crédible n'indiquait qu'une fouille était justifiée, et aucun motif raisonnable ne justifiait de consigner les élèves dans leurs classes. La consignation des élèves a accentué le caractère abusif de la fouille.

[32] The youth court judge was right to exclude the evidence. This was a warrantless, random search which was not authorized by either the criminal law or the *Education Act*. The breach was serious. Admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The Crown's appeal from the acquittal was therefore dismissed.

IV. Analysis

[33] Section 8, like the rest of the *Charter*, must be interpreted purposively, that is to say, to further the interests it was intended to protect. While these interests may go beyond privacy, they go "at least that far" (*Hunter v. Southam*, at p. 159). A privacy interest worthy of protection is one the citizen subjectively believes ought to be respected by the government and "that society is prepared to recognize as 'reasonable'" (*Katz*, at p. 361). In each case, "an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement" (*Hunter v. Southam*, at pp. 159-60).

[34] In carrying out this assessment, a number of considerations have emerged which should assist in the resolution of these appeals.

[35] First is the recognition of the type of society which Canadians, by their adoption of the *Charter*, have elected to live in. "The restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state" (*R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28). Students are no less deserving of constitutional protection than adults, although their age, vulnerability and presence in a school environment, all factor into the "totality of the circumstances".

[32] Le juge du tribunal pour adolescents a eu raison d'écarter les éléments de preuve. Il s'agissait d'une fouille sans mandat effectuée au hasard et qui n'était autorisée ni par le droit criminel ni par la *Loi sur l'éducation*. Il y a eu violation grave. L'utilisation des éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, l'appel du verdict d'acquittement interjeté par le ministère public a été rejeté.

IV. Analyse

[33] L'article 8, comme le reste de la *Charte*, doit recevoir une interprétation téléologique, c'est-à-dire une interprétation visant à favoriser les intérêts qu'elle est censée protéger. Bien que ces intérêts puissent dépasser le droit à la vie privée, leur portée est « au moins aussi étendue » (*Hunter c. Southam*, p. 159). Un droit à la vie privée mérite d'être protégé lorsque les citoyens croient subjectivement qu'il devrait être respecté par le gouvernement et [TRADUCTION] « que la société est prête à le considérer comme "raisonnable" » (*Katz*, p. 361). Dans chaque cas, « il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi » (*Hunter c. Southam*, p. 159-160).

[34] Cette appréciation a fait ressortir diverses considérations qui devraient être utiles pour trancher ces appels.

[35] Premièrement, il faut reconnaître le type de société dans laquelle les Canadiens ont choisi de vivre en adoptant la *Charte*. « L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique » (*R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427-428). Les élèves ne méritent pas moins que les adultes de bénéficier d'une protection constitutionnelle, malgré leur âge, leur vulnérabilité et leur présence dans un milieu scolaire, des facteurs qui font partie de « l'ensemble des circonstances ».

[36] Secondly, the focus must be on the "impact on the subject of the search or the seizure [here all the students at the school], and not simply on its rationality in furthering some valid government objective" (*Hunter v. Southam*, at p. 157). The impact includes disruption, inconvenience and potential embarrassment for innocent individuals subjected to the dog sniff or other intrusive police attention.

[37] Thirdly, the assessment of the privacy interest necessarily takes place in the shadow of the reason why the police want the information. As noted in *Tessling*, "the police were clearly interested in the 'heat profile' not for its own sake but for what it might reveal about the [illegal] activities *inside* the home" (para. 41 (emphasis in original)). If the police in this case had been called to investigate the potential presence of guns or explosives at the school using dogs trained for that purpose, the public interest in dealing quickly and efficiently with such a threat to public safety, even if speculative, would have been greater and more urgent than routine crime prevention. Generally speaking, the legal balance would have come down on the side of the use of sniffer dogs to get to the bottom of a possible threat to the lives or immediate safety and well-being of the students and staff.

[38] Fourth, the Court must consider the significance of the information obtained as a result of the police intervention. Mr. Alan Gold, Q.C., amongst others, has criticized use of the meaningfulness of the information as an important factor in the determination of whether a reasonable expectation of privacy exists. He writes:

> I appreciate that Tessling can be understood as referencing a category of information — electrical and heat information — that is in general uninformative and "meaningless,". . . . But . . . [a] fine meal can be made from scraps, and the police certainly seem highly interested in this "meaningless" information.

("Privacy Suffers From the Heat: R. v. Tessling", paper delivered at Law Society of Upper Canada

[36] Deuxièmement, l'accent doit porter sur « l'effet [. . .] sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie [en l'espèce, tous les élèves présents à l'école] et non simplement [. . .] [sur] sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable » (*Hunter c. Southam*, p. 157). L'effet en question inclut notamment la gêne, les ennuis et l'embarras éventuel causés aux personnes innocentes soumises à l'intervention du chien renifleur ou à d'autres gestes envahissants de la police.

[37] Troisièmement, dans l'appréciation du droit à la vie privée, il faut obligatoirement tenir compte du motif pour lequel la police veut obtenir l'information. Ainsi que l'a dit la Cour dans *Tessling*, « [l]a police [. . .] s'intéressait nettement au "profil thermique", non pour le profil lui-même, mais pour ce qu'il pouvait révéler des activités [illégales] se déroulant *à l'intérieur* de la résidence » (par. 41 (en italique dans l'original)). Si, en l'espèce, la police avait été appelée pour enquêter, à l'aide de chiens dressés à cette fin, sur la présence éventuelle à l'école d'armes ou d'explosifs, l'importance et l'urgence de neutraliser rapidement et efficacement une telle menace pour la sécurité publique, même si elle était hypothétique, auraient eu préséance sur la simple prévention du crime. De façon générale, l'équilibre juridique aurait privilégié le recours à des chiens renifleurs pour faire toute la lumière sur une menace éventuelle pour la vie ou la sécurité immédiate et le bien-être des élèves et du personnel.

[38] Quatrièmement, la Cour doit analyser l'importance de l'information obtenue par suite de l'intervention de la police. Monsieur Alan Gold, c.r., est l'un de ceux qui ont condamné l'utilisation de l'importance de l'information comme facteur essentiel pour déterminer s'il existe une attente raisonnable en matière de vie privée. Il écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION] Je sais que l'on peut considérer que l'arrêt Tessling renvoie à une catégorie de données — données électriques et thermiques — qui en général ne nous apprennent rien et sont « sans importance ». [. . .] Mais [. . .] [i]l est possible d'obtenir une image complète à partir de bribes d'information et la police semble fortement s'intéresser à ces données « sans importance ».

(« Privacy Suffers From the Heat : R. v. Tessling », document présenté au 5th Annual Six-Minute

5th Annual Six-Minute Criminal Defence Lawyer, June 4, 2005, at paras. 7-8)

Of course, much police work *does* consist of assembling different "scraps" of information, some of it apparently meaningless, into a significant picture. This fact does not necessarily generate constitutional protection for the "meaningless scraps" that form part of the mosaic unless there is something else in the context that drives that result. In the present case, *Tessling* is inapplicable. The information is highly meaningful. We are not dealing with "scraps". The dogs pointed the police to the sniffer dog's equivalent of a smoking gun.

[39] Fifth, the courts have to deal with what is presented to them as reality. Some of the interveners portrayed the resolution of the dog-sniffing issue in this case as critical to the future of informational privacy. It is true that the information conveyed by a sniffer-dog alert reveals important information to the police about the crime under investigation (being one of the circumstances that distinguishes this case from *Tessling*). This appeal, however, does not purport to chart the future course of informational privacy any more than did *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, or *Tessling*. It is in the nature of this rapidly developing field that courts will need to return again and again to fundamental principles to draw the reasonableness line.

[40] Professor Kerr and Ms. McGill rightly warn of snooping technologies under development including reference to "Honeybees Join the Bomb Squad" and talk of "sensors that will scan crowds to determine whether anyone is planning to commit — or is even thinking of committing — an illegal act" (see I. Kerr and J. McGill, "Emanations, Snoop Dogs and Reasonable Expectations of Privacy" (2007), 52 *Crim. L.Q.* 392, at pp. 410-11, footnote 57). The s. 8 jurisprudence will continue to evolve as snooping

Criminal Defence Lawyer du Barreau du Haut-Canada, 4 juin 2005, par. 7-8)

Évidemment, une bonne partie du travail de la police consiste *effectivement* à rassembler différentes « bribes » d'information, dont certaines semblent dénuées d'importance, pour obtenir une image représentative de la situation. Cela n'a pas nécessairement pour effet de créer une protection constitutionnelle pour ces « bribes d'information sans importance » qui font partie du tableau à moins qu'il n'y ait, dans le contexte, d'autres éléments qui entraînent une telle protection. En l'espèce, l'arrêt *Tessling* est inapplicable. L'information obtenue est très importante. Il ne s'agit pas de « bribes » d'information. Les chiens renifleurs ont attiré l'attention des policiers sur ce qui constitue pour eux l'équivalent d'une preuve irréfutable.

[39] Cinquièmement, les tribunaux doivent examiner ce qui leur est présenté comme étant la réalité. Certains des intervenants ont présenté la décision sur la question des chiens renifleurs en l'espèce comme étant cruciale pour l'avenir du droit à la vie privée en ce qui concerne les renseignements personnels. Il est vrai que la réaction d'un chien renifleur fournit à la police une information importante au sujet du crime visé par l'enquête (l'une des circonstances qui distinguent la présente espèce de *Tessling*). Dans le présent appel, cependant, il n'est pas question de planifier l'avenir de la protection des renseignements personnels plus que ne l'ont fait les arrêts *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, ou *Tessling*. En raison même de l'évolution rapide de ce domaine, les tribunaux devront revenir encore et encore aux principes fondamentaux afin de tracer la limite de ce qui est raisonnable.

[40] Le professeur Kerr et M^me^ McGill lancent à juste titre un avertissement au sujet des techniques de surveillance qui sont actuellement mises au point; ils font notamment référence à l'article intitulé « Honeybees Join the Bomb Squad » et parlent de [TRADUCTION] « senseurs qui balayeront les foules pour déterminer si quelqu'un projette de commettre un acte illégal — ou si cette pensée lui effleure même l'esprit » (voir I. Kerr et J. McGill, « Emanations, Snoop Dogs and Reasonable

technology advances. This flexibility is essentially what the "totality of the circumstances" approach is designed to achieve. On these occasions, critics usually refer to "Orwellian dimensions" and *1984*, but the fact is that 1984 came and went without George Orwell's fears being entirely realized, although he saw earlier than most the direction in which things might be heading. The Court can insist on proper evidence of what the police or government are up to and how, if at all, the information the police seek to collect can be used. As *Tessling* noted, "[w]hatever evolution occurs in future will have to be dealt with by the courts step by step. Concerns should be addressed with as they truly arise" (para. 55).

A. *The Use of Sniffer Dogs*

[41] For reasons expressed in *Kang-Brown*, I believe the police are acting within their common law powers, provided the requirements of the *Charter* are respected, when they call on the use of sniffer dogs in the course of crime investigation in places to which they otherwise have lawful access. In the present context, the s. 8 right to be secure against unreasonable search or seizure is of paramount importance. What occurred at St. Patrick's High School on November 7, 2002 was a warrantless search, and therefore *presumptively* unreasonable. As Lamer J. stated in *Collins*, at p. 278:

> . . . once the appellant has demonstrated that the search was a warrantless one, the Crown has the burden of showing that the search was, on a balance of probabilities, reasonable.
>
> A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.

(See also *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, at para. 36; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at paras. 10-12.)

Expectations of Privacy » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 392, p. 410-411, note 57). La jurisprudence relative à l'art. 8 continuera d'évoluer en même temps que progressent les techniques de surveillance. C'est cette souplesse que vise essentiellement à atteindre l'approche fondée sur l'« ensemble des circonstances ». Les critiques font habituellement référence aux « aspects orwelliens » et à *1984*, mais il reste que l'année 1984 s'est écoulée sans que les craintes de George Orwell ne se réalisent entièrement, bien qu'il ait vu avant la plupart des gens l'orientation que pourrait prendre l'avenir. La Cour peut exiger une preuve adéquate de ce que veut faire la police ou le gouvernement et de la manière, le cas échéant, dont les renseignements que la police cherche à recueillir pourront être utilisés. Ainsi que l'indique la Cour dans *Tessling*, « [t]out développement qui pourra survenir devra être examiné par les tribunaux. Les problèmes devraient être analysés au moment où ils se posent véritablement » (par. 55).

A. *Le recours à des chiens renifleurs*

[41] Pour les raisons exposées dans *Kang-Brown*, je crois que si les exigences de la *Charte* sont respectées, les policiers agissent dans le cadre des pouvoirs que leur confère la common law lorsqu'ils ont recours à des chiens renifleurs dans le cours de leurs enquêtes dans les endroits où ils peuvent par ailleurs légitimement avoir accès. Dans le présent contexte, le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti à l'art. 8 prend une importance cruciale. Le 7 novembre 2002, on a procédé à l'école secondaire St. Patrick's à une fouille sans mandat, et la fouille était par conséquent *présumée* abusive. Comme le juge Lamer l'a affirmé dans l'arrêt *Collins*, p. 278 :

> . . . du moment que l'appelant démontre qu'il s'agissait d'une fouille sans mandat, il incombe à la poursuite de prouver que, selon la prépondérance des probabilités, cette fouille n'était pas abusive.
>
> Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive.

(Voir également *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52, par. 36; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10 à 12.)

[42] For the reasons to be explained below, as well as the analysis set out in *Kang-Brown*, my opinion is that in cases where reasonable suspicion exists, the first two conditions of the *Collins* test are satisfied (*Collins*, at pp. 278-79; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at pp. 15-16). Where reasonable suspicion exists, a sniffer-dog search is authorized by the common law, and the common law itself is reasonable because of the minimally intrusive, narrowly targeted and high accuracy of "sniff searches" by dogs with a proven track record like Chief. However, on the facts of this case, because of the absence of reasonable suspicion, the search fails the first and third branches of the *Collins* test. As there was no reasonable suspicion, the search was not authorized by law and fails the first requirement. Further, it fails on the third requirement, namely that the search be conducted reasonably. The police failed because they proceeded on the basis of speculation rather than objectively verifiable evidence supporting reasonable suspicion.

[42] Pour les raisons exposées ci-après, et vu l'analyse faite dans *Kang-Brown*, j'estime que dans les cas où il existe des soupçons raisonnables, les deux premières exigences du critère de l'arrêt *Collins* sont respectées (*Collins*, p. 278-279; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 15-16). En présence de tels soupçons, la common law autorise les fouilles ou perquisitions à l'aide de chiens renifleurs, et cette règle de common law n'a elle-même rien d'abusif vu le caractère minimalement envahissant, étroitement ciblé et hautement fiable des fouilles ou perquisitions effectuées à l'aide de chiens qui, comme Chief, ont fait leurs preuves. Toutefois, les faits de la présente affaire démontrent qu'en raison de l'absence de soupçons raisonnables, la fouille effectuée ne satisfait pas aux premier et troisième volets du critère de l'arrêt *Collins*. À cause de l'absence de soupçons raisonnables, la fouille n'était pas autorisée par la loi et elle ne satisfait pas à la première exigence. Elle ne satisfait pas non plus à la troisième exigence, selon laquelle la fouille ou perquisition doit être effectuée de manière non abusive. Le manquement des policiers découle du fait qu'ils ont effectué la fouille en se fondant sur des hypothèses plutôt que sur des éléments de preuve objectivement vérifiables qui justifient des soupçons raisonnables.

B. *A Student's Privacy Is Entitled to Constitutional Protection*

[43] In support of their argument that s. 8 of the *Charter* is not engaged because of free access to "emissions in the public domain", the Attorneys General alluded to the dissent in *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001), cited in *Tessling*, at para. 51:

> . . . public officials should not have to avert their senses or their equipment from detecting emissions in the public domain such as excessive heat, traces of smoke, suspicious odors, odorless gases, airborne particulates, or radioactive emissions, any of which could identify hazards to the community. [p. 45]

This frequently quoted passage from *Kyllo* clearly refers to situations involving immediate public hazards, not routine crime investigation. The present

B. *La Constitution protège le droit de l'élève au respect de sa vie privée*

[43] Pour étayer leur argument selon lequel l'art. 8 de la *Charte* ne s'applique pas parce que tous ont accès aux [TRADUCTION] « émissions dans le domaine public », les procureurs généraux ont fait allusion aux motifs dissidents rendus dans *Kyllo c. United States*, 533 U.S. 27 (2001), cité dans *Tessling*, par. 51 :

> [TRADUCTION] . . . les mandataires de l'État ne doivent pas s'empêcher de détecter, par leurs sens ou à l'aide d'appareils, des émissions dans le domaine public comme de la chaleur excessive, des traces de fumée, des odeurs suspectes, des gaz inodores, des particules en suspension dans l'air ou des émissions radioactives, qui pourraient révéler des dangers pour la collectivité. [p. 45]

Il est clairement question, dans ce passage fréquemment cité de *Kyllo*, de situations où il existe un danger immédiat pour le public et non de simples

appeal, however, is a case of routine crime investigation, not public hazards. Moreover, the police here were not asked to "avert their senses". The question before us relates to the circumstances in which the police can initiate an investigation using sniffer dogs.

[44] The leading Canadian case on searches in schools is *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, where it was held that "the reasonable expectation of privacy of a student in attendance at a school is certainly less than it would be in other circumstances" (para. 33). After adverting to the fact that "weapons and drugs create problems that are grave and urgent", Cory J. nevertheless maintained that "schools also have a duty to foster the respect of their students for the constitutional rights of all members of society" (para. 3).

> Learning respect for those rights is essential to our democratic society and should be part of the education of all students. These values are best taught by example and may be undermined if the students' rights are ignored by those in authority. [para. 3]

Of course, the consequences for the student of a police search are potentially far more serious than would result from an exercise of school discipline.

[45] In *M. (M.R.)*, the issue was the constitutionality of the body search of a student for drugs at a school dance by the vice-principal. The Court specifically held that if the *body search* had been conducted by the police, or the school authorities acting as agents of the police, reasonable and probable grounds of belief would have been required. However, reasonable suspicion was sufficient for school authorities. The teaching of *M. (M.R.)* is that in matters of school discipline, a broad measure of discretion and flexibility (para. 49) will be afforded the school authorities, but when police are conducting a body search, even on school premises, the ordinary standard of justification

enquêtes criminelles. Il s'agit toutefois dans le présent pourvoi d'une simple enquête criminelle et non d'un danger pour le public. De plus, on n'a pas demandé aux policiers de « s'empêcher de détecter par leurs sens ». La question dont nous sommes saisis concerne les circonstances dans lesquelles la police peut commencer une enquête en utilisant des chiens renifleurs.

[44] L'arrêt faisant autorité au Canada en matière de perquisitions effectuées dans des écoles est *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, dans lequel notre Cour a statué que « l'attente raisonnable en matière de vie privée d'un élève à l'école est sûrement moindre que celle qu'il aurait dans d'autres circonstances » (par. 33). Après avoir signalé que « [l]'introduction d'armes [. . .] [et] de drogues illicites [. . .] est source de problèmes graves et urgents », le juge Cory a néanmoins soutenu que « les écoles ont l'obligation d'inculquer à leurs élèves le respect des droits constitutionnels de tous les membres de la société » (par. 3).

> L'apprentissage du respect de ces droits est essentiel à notre société démocratique et devrait faire partie de l'éducation de tous les élèves. C'est par l'exemple que ces valeurs se transmettent le mieux, et elles peuvent être minées si les personnes en autorité font fi des droits des élèves. [par. 3]

Évidemment, une perquisition de la police peut avoir pour un élève des conséquences beaucoup plus graves que celles découlant de l'application de la discipline scolaire.

[45] Dans *M. (M.R.)*, il s'agissait de la constitutionnalité de la fouille corporelle, par le directeur adjoint d'une école de danse, d'un élève soupçonné d'avoir de la drogue en sa possession. La Cour a statué expressément que si la *fouille corporelle* avait été effectuée par les policiers, ou par les autorités scolaires agissant en qualité de mandataires de la police, des motifs raisonnables et probables auraient été requis. Toutefois, il suffisait pour les autorités scolaires qu'elles aient des soupçons raisonnables. Il ressort de l'arrêt *M. (M.R.)* qu'en matière de discipline scolaire, les autorités scolaires jouissent d'un pouvoir discrétionnaire et d'une latitude raisonnables (par. 49) mais que, lorsque des

applicable to police will be required. Cory J. stated:

> The modified standard for school authorities is required to allow them the necessary latitude to carry out their responsibilities to maintain a safe and orderly school environment. There is no reason, however, why police should not be required to comply with the usual standards, merely because the person they wish to search is in attendance at an elementary or secondary school. [para. 56]

In the present case, of course, we are not dealing with a body search, which is far more intrusive than a dog sniff and whose results are not limited to the disclosure of contraband.

[46] My colleague Deschamps J. (at para. 131) cites *M. (M.R.)* as authority for a diminished expectation of privacy in schools, but seemingly does not attach importance to the distinction between school authorities (which is what Cory J. is speaking of in the passage she cites) and the police. The difference between a police search and an investigation by school authorities was of critical importance to the Court's decision in *M. (M.R.)* and, I believe, is of importance here as well.

[47] Some authors have criticized the distinction between a search by school authorities and a police search if the end result in both situations is a prosecution, e.g. D. Stuart, "Reducing Charter Rights of School Children" (1999), 20 C.R. (5th) 230; A. W. MacKay, "Don't Mind Me, I'm from the R.C.M.P.: *R. v. M. (M.R.)* — Another Brick in the Wall Between Students and Their Rights" (1997), 7 C.R. (5th) 24. However, I agree with Cory J. that significantly greater latitude must be given to school authorities in the discharge of their responsibilities than to the police. If evidence sufficient to ground a prosecution should come to light in the course of a school investigation, the evidence no doubt will be passed on to the regular prosecutorial authorities if the school authorities think it appropriate to do so. Otherwise, schools may become safe havens for juvenile drug dealers, which would be unacceptable.

policiers effectuent une fouille corporelle, même dans les locaux d'une école, la norme ordinaire de justification applicable à la police devra être respectée. Le juge Cory a affirmé ce qui suit :

> La norme modifiée applicable aux autorités scolaires est nécessaire pour leur donner la latitude dont elles ont besoin pour s'acquitter de leur responsabilité de maintenir un environnement scolaire sûr et ordonné. Il n'existe cependant aucune raison de dispenser les policiers de se conformer aux normes habituelles uniquement parce que la personne qu'ils souhaitent fouiller est dans une école élémentaire ou secondaire. [par. 56]

En l'espèce, il ne s'agit évidemment pas d'une fouille corporelle, beaucoup plus envahissante que l'intervention d'un chien renifleur et dont l'effet ne se limite pas à la découverte d'objets interdits.

[46] Ma collègue la juge Deschamps (au par. 131) cite l'arrêt *M. (M.R.)* pour affirmer que l'attente raisonnable en matière de vie privée est moindre dans les écoles; elle ne semble toutefois pas accorder d'importance à la distinction faite entre les autorités scolaires (ce dont parle le juge Cory dans le passage qu'elle cite) et la police. La différence entre une perquisition effectuée par la police et une enquête effectuée par les autorités scolaires était cruciale pour la décision de la Cour dans *M. (M.R.)* et j'estime qu'elle est importante en l'espèce.

[47] Certains auteurs ont critiqué la distinction faite entre une fouille effectuée par les autorités scolaires et une perquisition de la police si le résultat final dans les deux cas est une poursuite : p. ex., D. Stuart, « Reducing Charter Rights of School Children » (1999), 20 C.R. (5th) 230; A. W. MacKay, « Don't Mind Me, I'm from the R.C.M.P. : *R. v. M. (M.R.)* — Another Brick in the Wall Between Students and Their Rights » (1997), 7 C.R. (5th) 24. Je conviens toutefois avec le juge Cory qu'il faut donner aux autorités scolaires une plus grande latitude qu'à la police pour leur permettre de s'acquitter de leurs responsabilités. Si une enquête effectuée dans une école permet de découvrir des éléments de preuve pouvant fonder une poursuite, il est indubitable que les autorités scolaires les transmettront, si elles le jugent approprié, aux autorités compétentes chargées des poursuites. Autrement, les écoles

In any event, Cory J. factored this possible outcome into his consideration in pronouncing the usual *caveat* that "[a]ll the circumstances surrounding a search must be taken into account in determining if the search is reasonable" (*M. (M.R.)*, at para. 48). The important point is that the Court in *M. (M.R.)* refused to carve out a "school exception" to the exercise of police powers.

[48] My colleague Deschamps J. concludes that the accused lacked any personal privacy interest in his bag when left in the gym. She writes:

> No *personal* privacy interest as defined in *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67, at para. 23, is in issue in this case, since A.M. was not wearing or carrying his backpack at the time of the alleged search. [Emphasis in original; para. 121.]

Reliance is also placed on the *unattended* backpack factor at paras. 100, 120, 128, 131, 138, 147 and 148 of my colleague's reasons. I do not agree with the importance attached to the circumstance that the backpack was unattended. If an accused has a privacy interest in the contents of a letter, it is not lost when she takes it out of her purse and posts it. If an accused has documents concealed in the locked trunk of his car, the privacy interest in the contents of the trunk of the car does not depend on whether he is in the car or has left it parked somewhere, including a public parking lot. My home is no less private when I am out than when I am there. When students left their backpacks in the gymnasium, they did not thereby lose their privacy interest in the concealed contents, in my view.

[49] My colleague Deschamps J. then writes:

> A third factor is the fact that A.M.'s backpack was left not only unattended, but also in plain view. [para. 138]

pourraient devenir un refuge pour les jeunes trafiquants de drogues, une situation inacceptable. Quoi qu'il en soit, le juge Cory a tenu compte de ce résultat éventuel lorsqu'il a fait l'habituelle mise en garde selon laquelle « [p]our déterminer si une fouille est raisonnable, il faut prendre en considération toutes les circonstances qui l'ont entourée » (*M. (M.R.)*, par. 48). L'important est que, dans *M. (M.R.)*, la Cour a refusé de créer, quant à l'exercice de leurs pouvoirs par les policiers, une « exception pour les écoles ».

[48] Ma collègue la juge Deschamps conclut que l'accusé perdait son droit au respect de la vie privée à l'égard de son sac lorsqu'il le laissait au gymnase. Elle écrit :

> En l'espèce, aucun droit *personnel* à la vie privée du genre de celui défini dans *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67, par. 23, n'est en cause puisque A.M. ne portait pas ou ne transportait pas son sac à dos au moment de la fouille alléguée. [En italique dans l'original; par. 121.]

Ma collègue s'est également appuyée, aux par. 100, 120, 128, 131, 138, 147 et 148 de ses motifs, sur le fait que le sac à dos avait été *laissé sans surveillance*. Je ne crois pas qu'il faille accorder une telle importance au fait que le sac à dos était laissé sans surveillance. S'il existe pour une accusée un droit à la vie privée relatif au contenu d'une lettre, celle-ci ne perd pas ce droit lorsqu'elle sort la lettre de son sac à main et la met à la poste. Si un accusé a dissimulé des documents dans le coffre verrouillé de sa voiture, son droit à la vie privée relatif au contenu du coffre de sa voiture ne dépend pas de la question de savoir s'il se trouve à bord de la voiture ou s'il a quitté celle-ci après l'avoir stationnée quelque part, y compris dans un stationnement public. Le caractère privé de ma résidence est le même que j'y sois ou non. À mon avis, les élèves qui ont laissé leur sac à dos dans le gymnase n'ont pas perdu de ce fait le droit à la vie privée applicable au contenu de leur sac.

[49] Ma collègue la juge Deschamps écrit ensuite :

> Le fait que le sac à dos de A.M. a non seulement été laissé sans surveillance, mais qu'il était placé bien en vue constitue un troisième facteur. [par. 138]

As I see it, the issue is not whether the outside of the backpack was in plain view. The privacy issue relates to the concealed contents.

C. *Reasonableness Incorporates a Measure of Flexibility*

[50] While the primary s. 8 focus is on the impact of the police action on the person searched, or from whom the effects are seized, it is evident that the impact of the search (potential criminal prosecution) cannot by itself render the warrantless search unreasonable. Warrantless searches generally arise in the context of a criminal prosecution.

[51] An overly rigid reading of *Hunter v. Southam* produces a dilemma for both the defence and the Crown. Here, the Crown argues that little privacy is at stake because of the nature of the container (backpack), the place of the search (the school), and the narrowness of the sniffer dog's focus (contraband). If this argument fails to persuade, however, the Crown is faced with the full brunt of the *Hunter v. Southam* procedural requirements with the consequence, generally speaking, that the dogs can only be used where they are not needed. If the police already have reasonable and probable grounds to obtain a search warrant for a physical search, they have no need to deploy a sniffer dog.

[52] From the defence viewpoint, on the other hand, if the Court finds a "privacy" interest to exist, the backpack is thereby surrounded by a legal fortress impenetrable to a sniffer dog or any other person or device without the subject's consent or a judicially authorized search warrant. But if this defence argument fails, as it has in the United States, the citizen will be left without any s. 8 protection at all against the use of sniffer dogs.

Selon moi, il ne s'agit pas de savoir si le sac à dos lui-même était bien en vue. La question du droit à la vie privée concerne le contenu dissimulé dans le sac.

C. *Le caractère raisonnable comporte une certaine souplesse*

[50] Bien que l'art. 8 porte principalement sur les répercussions, pour la personne fouillée ou dont les effets sont saisis, de la mesure prise par la police, il est évident que les répercussions de la fouille (une éventuelle poursuite criminelle) ne peuvent en elles-mêmes rendre abusive une fouille effectuée sans mandat. La question des fouilles effectuées sans mandat est habituellement soulevée dans le contexte d'une poursuite criminelle.

[51] L'interprétation trop rigide de *Hunter c. Southam* crée un dilemme à la fois pour la défense et pour la poursuite. En l'espèce, le ministère public soutient que le droit à la vie privée en jeu est restreint étant donné la nature du contenant (un sac à dos), le lieu de la fouille (l'école) et l'objet très précis que recherchait le chien renifleur (des articles interdits). Toutefois, si cet argument n'est pas persuasif, le ministère public n'échappe pas à la rigueur des exigences procédurales de *Hunter c. Southam* de sorte que, de façon générale, les chiens ne peuvent être utilisés que dans les cas où l'on n'a pas besoin d'eux. Si la police a déjà des motifs raisonnables et probables pour obtenir un mandat de perquisition autorisant une fouille, elle n'a pas besoin de recourir à un chien renifleur.

[52] Du point de vue de la défense par contre, si la Cour conclut à l'existence d'un droit à la « vie privée », le sac à dos est alors protégé par des mesures juridiques incontournables pour un chien renifleur ou pour toute autre personne ou dispositif sans le consentement de la personne visée ou sans un mandat judiciaire autorisant la fouille. Cependant, si ce moyen de défense échoue, comme cela a été le cas aux États-Unis, le citoyen ne pourra pas bénéficier, contre l'utilisation de chiens renifleurs, de la protection prévue à l'art. 8.

[53] The opposing positions offer an all-or-nothing result — i.e. the activity is either wholly regulated by a rigid constitutional procedure or it is complètely unregulated — that appears inconsistent with a "reasonableness" approach which should offer a more nuanced answer. This point was famously made by Professor Anthony G. Amsterdam writing over 30 years ago in the context of the U.S. Fourth Amendment:

> The fourth amendment, then, is ordinarily treated as a monolith: wherever it restricts police activities at all, it subjects them to the same extensive restrictions that it imposes upon physical entries into dwellings. To label any police activity a "search" or "seizure" within the ambit of the amendment is to impose those restrictions upon it. On the other hand, if it is not labeled a "search" or "seizure," it is subject to no significant restrictions of any kind. It is only "searches" or "seizures" that the fourth amendment requires to be reasonable: police activities of any other sort may be as unreasonable as the police please to make them.

("Perspectives on the Fourth Amendment" (1973-1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349, at p. 388)

The "all-or-nothing" approach was eventually rejected by the United States Supreme Court in *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968), a case which gave rise to the warrantless investigative police "stops" based on reasonable suspicion (called *Terry* stops). This approach was accepted in Canada in *Mann*. The present case, of course, is different. The police had no evidence even that a crime had been committed at the school on November 7, 2002.

[54] Professor Katz has noted that the American approach "totally eliminates significant invasions of privacy from any fourth amendment protection because they are not akin to traditional searches. However, these unprotected invasions of privacy involve interests that a reasonable person in a free society would expect to have protected" (L. R. Katz, "In Search of a Fourth Amendment for the

[53] Ces positions opposées offrent une solution du tout ou rien — c'est-à-dire que l'activité est entièrement réglementée par une procédure constitutionnelle rigide ou qu'elle n'est absolument pas réglementée — qui semble incompatible avec l'approche fondée sur le « caractère raisonnable » qui devrait offrir une réponse plus nuancée. Cet argument a été notoirement avancé par le professeur Anthony G. Amsterdam dans un article rédigé, il y a plus d'une trentaine d'années, au sujet du Quatrième Amendement aux États-Unis :

> [TRADUCTION] Alors, le quatrième amendement est habituellement considéré monument monolithe : lorsqu'il restreint les mesures policières, il les soumet aux mêmes restrictions complètes qu'il impose à l'entrée dans des habitations. Chaque fois qu'une mesure policière est qualifiée de « fouille, de perquisition » ou de « saisie » au sens de l'amendement, ces restrictions s'appliquent. Par contre, si ces mesures ne sont pas ainsi qualifiées, elles ne font l'objet d'aucune restriction importante que ce soit. En vertu du quatrième amendement, seules les « fouilles, les perquisitions » ou les « saisies » doivent être raisonnables : les autres activités policières peuvent être aussi déraisonnables que la police peut le souhaiter.

(« Perspectives on the Fourth Amendment » (1973-1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349, p. 388)

La Cour suprême des États-Unis a finalement rejeté l'approche « tout ou rien » dans *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968), une affaire où il était question des « interpellations » faites sans mandat par des policiers se fondant sur des soupçons raisonnables (ce qu'on appelle les interpellations de type *Terry*). Cette approche a été acceptée au Canada dans *Mann*. La situation, évidemment, est différente en l'espèce. Les policiers n'avaient même aucune preuve qu'un crime avait été commis à l'école le 7 novembre 2002.

[54] Le professeur Katz a fait remarquer que l'approche suivie aux États-Unis, [TRADUCTION] « écarte complètement de la protection qu'offre le quatrième amendement d'importantes atteintes à la vie privée parce qu'elles ne s'apparentent pas à des fouilles traditionnelles. Pourtant, ces atteintes à la vie privée contre lesquelles il n'existe aucune protection touchent des droits qu'une personne

Twenty-first Century" (1989-1990), 65 *Ind. L.J.* 549, at p. 581). In Canada, although the police may be regulated by internal non-constitutional administrative procedures where available, "there is considerable pressure by the police community to leave that area unregulated" (M. Rosenberg, "Controlling Intrusive Police Investigative Techniques Under Section 8" (1991), 1 C.R. (4th) 32, at p. 43. Professors Coughlan and Gorbet have written:

If there is no reasonable expectation of privacy, there is no search, no s. 8 protection, and no opportunity for judicial scrutiny. There is no forum for balancing competing interests: that has ended at the earliest possible stage.

(S. Coughlan and M. S. Gorbet, "Nothing Plus Nothing Equals . . . Something? A Proposal for FLIR Warrants on Reasonable Suspicion" (2005), 23 C.R. (6th) 239, at p. 241; see also S. Coughlan, "Privacy Goes to the Dogs" (2006), 40 C.R. (6th) 31.)

[55] I do not believe the Crown's solution of placing sniffer dogs entirely outside constitutional regulation is consistent with our jurisprudence which recognizes that *within* the *Charter* the need for privacy "can vary with the nature of the matter sought to be protected, the circumstances in which and the place where state intrusion occurs, and the purposes of the intrusion" (*R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 53) as will now be analyzed in greater detail.

D. *The Crown's Argument*

[56] At this point, it is convenient to restate the Crown's argument, which says that what was done here was perfectly reasonable. The police inquiry began with a relatively unobtrusive examination by dogs of odours emanating from three classrooms

raisonnable vivant dans une société libre jugerait naturel de protéger » (L. R. Katz, « In Search of a Fourth Amendment for the Twenty-first Century » (1989-1990), 65 *Ind. L.J.* 549, p. 581). Au Canada, bien que dans certains cas des procédures administratives internes de nature non constitutionnelle peuvent s'appliquer à la police, [TRADUCTION] « les milieux policiers exercent des pressions considérables pour que ce domaine demeure non réglementé » (M. Rosenberg, « Controlling Intrusive Police Investigative Techniques Under Section 8 » (1991), 1 C.R. (4th) 32, p. 43. Les professeurs Coughlan et Gorbet ont écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] S'il n'existe aucune attente raisonnable en matière de vie privée, il n'existe aucune fouille ou perquisition, aucune protection en vertu de l'art. 8 ni aucune possibilité d'examen judiciaire. Il n'y a aucun tribunal auquel s'adresser pour obtenir la pondération d'intérêts opposés : cette possibilité est disparue au tout début du processus.

(S. Coughlan et M. S. Gorbet, « Nothing Plus Nothing Equals . . . Something? A Proposal for FLIR Warrants on Reasonable Suspicion » (2005), 23 C.R. (6th) 239, p. 241; voir aussi S. Coughlan, « Privacy Goes to the Dogs » (2006), 40 C.R. (6th) 31.)

[55] Je ne crois pas que la solution du ministère public consistant à soustraire complètement les chiens renifleurs à l'application des dispositions constitutionnelles soit compatible avec notre jurisprudence qui reconnaît que, *au regard* de la *Charte*, le besoin de voir respecter la vie privée « peut varier selon la nature de ce qu'on veut protéger, les circonstances de l'ingérence de l'État et l'endroit où celle-ci se produit, et selon les buts de l'ingérence » (*R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 53), comme je l'explique dans l'analyse plus approfondie qui suit.

D. *La thèse du ministère public*

[56] Il convient à ce stade de rappeler l'argument du ministère public qui affirme que ce qui a été fait en l'espèce n'avait aucunement un caractère abusif. L'enquête de la police a commencé lorsque les chiens ont humé de manière relativement

and some lockers and eventually the small gym where a pile of backpacks were kept. Unlike *M. (M.R.)*, there is no evidence of any body searches. The Crown emphasizes that a school is a regulated environment and the students know it. Drug-free schools are important to assure safety and promote learning. Sniffer dogs smell only the surrounding air; neither their snouts nor their handlers physically enter the students' backpacks. The dog communicates nothing about the contents except the presence of an illegal drug, which the student has been told time and time again is prohibited under a zero-tolerance policy. The student has no reasonable expectation of privacy in contraband, argues the Crown. As stated, these arguments have found favour in the United States: *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984), and *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005).

discrète les odeurs émanant de trois salles de classe et de certains casiers et, finalement, du petit gymnase où se trouvait une pile de sacs à dos. Contrairement à *M. (M.R.)*, la preuve n'indique nullement qu'il y a eu fouilles corporelles. Le ministère public signale qu'une école est un milieu réglementé et que les élèves le savent. Il est important que les écoles soient exemptes de drogues pour assurer la sécurité des personnes qui s'y trouvent et favoriser l'apprentissage. Les chiens renifleurs ne hument que l'air ambiant; ils ne fouillent pas directement avec leurs museaux dans les sacs à dos des élèves; les maîtres-chiens ne fouillent pas non plus dans les sacs. La seule information que transmet le chien au sujet du contenu des sacs est la présence d'une drogue illégale, et on a répété à de multiples reprises aux élèves que la drogue est interdite en vertu d'une politique de tolérance zéro. Selon le ministère public, l'élève n'a aucune attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des articles interdits. J'ai déjà mentionné que ces arguments ont trouvé un accueil favorable aux États-Unis : *United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *United States c. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984), et *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005).

[57] In *Place*, O'Connor J., writing for the majority, commented in *obiter* that a canine sniff is *sui generis* because it "discloses only the presence or absence of narcotics, a contraband item" (p. 707). In her view, the sniff did not constitute a "search" within the meaning of the Fourth Amendment. Blackmun J., concurring in the result, suggested that a canine sniff might be a "minimally intrusive" search justifiable upon reasonable suspicion (p. 723).

[57] Dans *Place*, la juge O'Connor, au nom des juges majoritaires, a indiqué dans une remarque incidente que la recherche d'une odeur par un chien est *sui generis* parce qu'elle [TRADUCTION] « révèle uniquement la présence ou l'absence de stupéfiants, un article interdit » (p. 707). À son avis, l'intervention du chien ne constituait donc pas une « fouille » au sens du Quatrième Amendement. Souscrivant au résultat, le juge Blackmun a indiqué que l'intervention du chien pouvait constituer une fouille « peu envahissante » pouvant se justifier en présence de soupçons raisonnables (p. 723).

[58] In *Jacobsen*, federal agents seized a white powder leaking from a freight package in transit and identified it as cocaine. Stevens J., writing for the majority, found that the search and seizure of the cocaine was reasonable and did not violate the Fourth Amendment because "governmental conduct that can reveal whether a substance is cocaine,

[58] Dans *Jacobsen*, des agents fédéraux ont saisi une poudre blanche qui s'échappait d'un colis en transit et ont déterminé qu'il s'agissait de cocaïne. Le juge Stevens, au nom des juges majoritaires, a conclu que la fouille et la saisie de la cocaïne étaient raisonnables et ne contrevenaient pas au Quatrième Amendement parce que [TRADUCTION]

and no other arguably 'private' fact, compromises no legitimate privacy interest" (p. 123).

[59] In *Caballes*, an Illinois state trooper stopped a driver, Caballes, for speeding on a highway. When the trooper radioed the police dispatcher to report the stop, a second trooper headed for this scene with a sniffer dog. While the first trooper was writing a warning ticket, the second trooper walked the dog around the car, and the dog alerted at the trunk. On the basis of the alert, the troopers searched the trunk, found marijuana and arrested Caballes. The majority of the U.S. Supreme Court held that the dog sniff did not violate the Fourth Amendment. The traffic stop was based on probable cause and was lawful. Its duration was not excessive. The use of a sniffer dog, which does not expose lawful items that otherwise would remain hidden from public view, did not implicate legitimate privacy interests, in the view of the majority.

[60] The Crown is understandably supportive of the U.S. approach. Its argument can be organized around the following issues:

(i) What degree of privacy could students reasonably expect in the contents of their backpacks having regard in particular to the school setting?

(ii) Did the dog sniff constitute a search of the contents of the backpacks?

(iii) Is an intermediate standard of reasonable suspicion applicable?

(iv) Was a prior judicial authorization required in this case?

(v) Were the students unlawfully detained?

« la conduite d'agents du gouvernement qui peut révéler si une substance est de la cocaïne, et aucun autre fait qui serait d'ordre "privé", ne compromet aucun droit légitime au respect de la vie privée » (p. 123).

[59] Dans *Caballes*, un policier de l'Illinois a intercepté un conducteur, Caballes, pour excès de vitesse. Lorsque le policier a communiqué par radio avec le répartiteur pour signaler l'interception, un deuxième policier s'est rendu sur les lieux avec un chien renifleur. Pendant que le premier policier rédigeait un avertissement, le deuxième a fait le tour du véhicule avec son chien qui a réagi quand il s'est approché du coffre arrière. Se fondant sur la réaction du chien, les policiers ont fouillé le coffre, y ont trouvé de la marijuana et ont arrêté Caballes. Les juges majoritaires de la Cour suprême des États-Unis ont statué que l'utilisation du chien renifleur ne violait pas le Quatrième Amendement. L'interception reposait sur une cause probable et était légitime. Sa durée n'était pas excessive. De l'avis des juges majoritaires, l'utilisation d'un chien renifleur, qui ne révèle pas la présence d'articles permis qui autrement resteraient cachés à la vue du public, ne touchait pas des droits légitimes en matière de vie privée.

[60] Le ministère public appuie naturellement l'approche suivie aux États-Unis. Ses arguments peuvent être articulés autour des questions suivantes :

(i) Dans quelle mesure les élèves peuvent-ils raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée en ce qui concerne le contenu de leurs sacs à dos, en particulier en milieu scolaire?

(ii) Y a-t-il eu fouille du contenu des sacs à dos lorsque le chien les a flairés?

(iii) Une norme intermédiaire de soupçons raisonnables s'applique-t-elle?

(iv) Une autorisation judiciaire préalable était-elle requise en l'espèce?

(v) Les élèves ont-ils été illégalement détenus?

(vi) If there is a violation of s. 8 or s. 9 of the *Charter*, ought the evidence to be excluded under s. 24(2)?

E. *What Degree of Privacy Can Students Reasonably Expect in Their Backpacks?*

[61] Canadian courts have accepted as correct the proposition that s. 8 protects "people, not places". People do not shed their reasonable expectations of privacy in their person or in the concealed possessions they carry when they leave home, although those expectations may have to be modified depending on where they go, and what "place" they find themselves in.

[62] The backpacks from which the odour emanated here belonged to various members of the student body including the accused. As with briefcases, purses and suitcases, backpacks are the repository of much that is personal, particularly for people who lead itinerant lifestyles during the day as in the case of students and travellers. No doubt ordinary businessmen and businesswomen riding along on public transit or going up and down on elevators in office towers would be outraged at any suggestion that the contents of their briefcases could randomly be inspected by the police without "reasonable suspicion" of illegality. Because of their role in the lives of students, backpacks *objectively* command a measure of privacy.

[63] As the accused did not testify, the question of whether or not he had a *subjective* expectation of privacy in his backpack must be inferred from the circumstances. While teenagers may have little expectation of privacy from the searching eyes and fingers of their parents, I think it obvious that they expect the contents of their backpacks not to be open to the random and speculative scrutiny of the police. This expectation is a reasonable one that society should support.

(vi) S'il y a violation des art. 8 ou 9 de la *Charte*, les éléments de preuve devraient-ils être écartés en vertu du par. 24(2)?

E. *Dans quelle mesure les élèves peuvent-ils raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée à l'égard de leurs sacs à dos?*

[61] Les tribunaux canadiens ont accepté comme correcte l'idée que l'art. 8 protège « les personnes et non les lieux ». En quittant le foyer, les personnes ne laissent pas de côté leurs attentes raisonnables en matière de vie privée concernant leur propre personne ou les biens qu'elles portent dissimulés sur elles, même si ces attentes peuvent devoir être modifiées selon l'endroit où elles vont et le « lieu » où elles peuvent se trouver.

[62] Les sacs à dos dont émanait l'odeur en l'espèce appartenaient à plusieurs élèves, dont l'accusé. Comme les serviettes, les sacs à main et les valises, les sacs à dos contiennent beaucoup d'effets personnels; c'est notamment le cas pour les personnes qui, en raison de leur style de vie, ont à effectuer de nombreux déplacements pendant la journée, par exemple les élèves et les voyageurs. Il n'y a aucun doute que les hommes et les femmes d'affaires ordinaires qui utilisent les transports en commun ou les ascenseurs des tours à bureaux seraient outrés si on laissait entendre que la police pourrait inspecter au hasard le contenu de leurs serviettes même en l'absence de « soupçons raisonnables » qu'un acte illégal est commis. En raison du rôle qu'ils jouent dans la vie des élèves, les sacs à dos exigent *objectivement* une certaine mesure de respect de la vie privée.

[63] L'accusé n'ayant pas témoigné, c'est à partir des circonstances qu'il faut déduire s'il avait une attente *subjective* en matière de vie privée en ce qui concerne son sac à dos. Certes, les adolescents ne s'attendent pas vraiment à ce que leur vie privée échappe aux regards attentifs et aux fouilles de leurs parents, mais j'estime qu'il est évident qu'ils s'attendent à ce que la police ne puisse pas, en se fondant sur des conjectures, procéder au hasard à l'examen du contenu de leurs sacs à dos. Il s'agit d'une attente raisonnable à laquelle la société devrait être favorable.

[64] The Crown's contrary assertion that the backpacks of students enjoy a diminished expectation of privacy and are therefore essentially open to suspicionless searches by police rests on three arguments:

(1) The school setting is known by students to be closely supervised and regulated;

(2) there can be no privacy interest in the public airspace in the vicinity of the backpacks;

(3) the subject matter of the "sniff" is the presence of illegal drugs, and contraband is not a constitutionally protected privacy interest.

I will briefly examine each of these points in turn.

(1) The School Setting Is Known by Students to Be Closely Supervised and Regulated

[65] While, as *M. (M.R.)* noted, a student's expectation of privacy is lessened in the school setting in relation to school authorities, it does exist and was not abandoned (even in relation to school authorities) when the students left their backpacks in the gymnasium. In *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, we held that Mr. Buhay had not abandoned his privacy interest in his duffel bag when he left it in a rented bus station locker. The Court emphasized that the locker had been paid for and was under lock and key. An analogy was drawn to a hotel room (para. 23). *Buhay* thus had stronger privacy features than does this case. However, here as in *Buhay*, the individuals in question sought to preserve as much privacy in their belongings as the circumstances of their lives and activities permitted. As held in *M. (M.R.)*, the fact that school authorities may on occasion disregard this expectation of privacy does not make it disappear. "Expectation of privacy is a normative rather than a descriptive standard" (*Tessling*, at para. 42).

[64] L'argument contraire du ministère public selon lequel les élèves ont à l'égard de leurs sacs à dos une attente réduite en matière de vie privée et les policiers peuvent par conséquent fouiller ces sacs même en l'absence de soupçons, repose sur trois éléments :

(1) les élèves savent que l'école est un milieu étroitement surveillé et réglementé;

(2) il ne peut exister de droit à la vie privée sur la couche d'air entourant les sacs à dos;

(3) l'intervention du chien renifleur vise à détecter la présence de drogues illégales et la possession d'articles interdits n'est pas un droit à la vie privée protégé par la Constitution.

Je vais examiner brièvement chacun de ces éléments à tour de rôle.

(1) Les élèves savent que l'école est un milieu étroitement surveillé et réglementé

[65] Ainsi qu'on l'a fait remarquer dans *M. (M.R.)*, si les élèves ont vis-à-vis les autorités scolaires une attente moindre en matière de vie privée pendant qu'ils sont à l'école, cette attente existe toutefois et les élèves n'y ont pas renoncé (même à l'égard de la direction de l'école) lorsqu'ils ont laissé leurs sacs à dos dans le gymnase. Dans *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, notre Cour a statué que M. Buhay n'avait pas renoncé au droit à la vie privée applicable à son sac de voyage lorsqu'il l'a laissé dans un casier loué dans une gare d'autobus. La Cour a souligné que la location du casier avait été payée et que le casier était verrouillé. Elle a fait une analogie avec une chambre d'hôtel (par. 23). Ainsi, on retrouvait dans *Buhay* des éléments du droit à la vie privée plus solides que ceux présents en l'espèce. Toutefois, en l'espèce comme dans *Buhay*, les personnes en cause voulaient préserver le caractère privé de leurs effets personnels dans toute la mesure que le permettaient les circonstances et leurs activités. Ainsi que notre Cour l'a statué dans *M. (M.R.)*, cette attente en matière de vie privée ne disparaît pas parce que les autorités scolaires peuvent, à l'occasion, ne pas en tenir compte. « L'attente en matière de vie privée est de nature normative et non descriptive » (*Tessling*, par. 42).

(2) Can There Be a Privacy Interest in Public Airspace?

[66] I do not think *Tessling* is of much help to the Crown in this case. Here, as in *Tessling*, the carrying medium can be characterized as emanations, not detected by unaided human senses, from an object exposed to public view. However, unlike *Tessling*, the information provided by a drug-dog sniff, when the dog is trained to alert to the presence of controlled drugs, is entirely unlike a FLIR image in that it most definitely permits inferences about the precise contents of the source that are of interest to the police. Under the Operation Jetway program at issue in *Kang-Brown*, a positive alert by a sniffer dog was *itself* taken by the police as reasonable and probable grounds for an arrest. However, the subject matter of the sniff is not public air space. It is the concealed contents of the backpack. Dog sniffing is, in terms of the *Kyllo* jargon (at p. 46), a "through-the-wall" technology, as compared with *Tessling*, where we held that FLIR technology could only show "that some of the activities in the house generate heat. That is not enough to get the respondent over the constitutional threshold" (para. 62).

[67] The Crown argues that in this case, as in *Tessling* and *Plant*, the information obtained is not part of a "biographical core of personal information", i.e. does not reveal intimate details about the lifestyle of the accused that he is entitled to protect. However, *Tessling* and *Plant* were premised on the finding that the information had already escaped the possession and control of the suspect. In *Plant*, the electricity records were generated by a third party (the electrical company); in *Tessling*, information regarding the heat escaping from a house simply could not be controlled, as any home insulation salesman can tell from walking down a Canadian street after a snowfall. Here, the guilty secret of the contents of the accused's backpack was not known to third parties. It was specific and meaningful information, intended to be private, and concealed

(2) L'air ambiant peut-il faire l'objet d'un droit à la vie privée?

[66] Je ne pense pas que l'arrêt *Tessling* soit très utile au ministère public en l'espèce. Comme dans *Tessling*, il s'agit dans la présente affaire d'émanations provenant d'un objet exposé à la vue du public et un humain ne peut les détecter avec ses seuls sens. Toutefois, contrairement à *Tessling*, l'information fournie par un chien renifleur dressé pour réagir à la présence de drogues contrôlées est complètement différente de celle que transmet une image FLIR en ce qu'elle permet très certainement de tirer des inférences au sujet du contenu précis de la source qui intéresse la police. Dans le cadre de l'opération Jetway, dont il est question dans *Kang-Brown*, une réaction positive d'un chien renifleur a été considérée *en soi* par les policiers comme un motif raisonnable et probable de procéder à une arrestation. Ce n'est toutefois pas l'air ambiant de l'espace public que flaire le chien, mais ce qui est dissimulé dans un sac à dos. Suivant le jargon employé dans *Kyllo* (p. 46), le chien qui détecte une odeur est assimilable à une technique permettant de voir « à travers les murs », alors que dans *Tessling*, notre Cour a statué que la technologie FLIR pouvait simplement indiquer « que certaines activités à l'intérieur de la maison génèrent de la chaleur. Cela ne suffit pas pour donner ouverture à l'application de la garantie constitutionnelle » (par. 62).

[67] Le ministère public soutient qu'en l'espèce, comme dans *Tessling* et *Plant*, l'information obtenue ne fait pas partie d'un « ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel », c'est-à-dire qu'elle ne révèle pas sur le mode de vie de l'accusé des détails intimes qu'il a le droit de protéger. Cependant, les arrêts *Tessling* et *Plant* reposaient sur la conclusion que l'information avait déjà échappé à la possession et au contrôle du suspect. Dans *Plant*, les dossiers de consommation d'électricité avaient été préparés par un tiers (la compagnie d'électricité); dans *Tessling*, l'information concernant la chaleur émanant d'une maison ne pouvait tout simplement pas être contrôlée, ainsi que peut le confirmer tout vendeur d'isolation thermique arpentant une rue au Canada après une chute de neige. En l'espèce, les tiers ignoraient quel secret

in an enclosed space in which the accused had a continuing expectation of privacy. By use of the dog, the policeman could "see" through the concealing fabric of the backpack.

[68] In *Dyment*, *Plant* and *Tessling*, the various categories of "information" (including "biographical core of personal information") were used as a useful analytical tool, not a classification intended to be conclusive of the analysis of information privacy. Not all information that fails to meet the "biographical core of personal information" test is thereby open to the police. Wiretaps target electrical signals that emanate from a home; yet it has been held that such communications are private whether or not they disclose core "biographical" information: *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62, and *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111. The privacy of such communications is accepted because they are reasonably intended by their maker to be private: R. M. Pomerance, "Shedding Light on the Nature of Heat: Defining Privacy in the Wake of *R. v. Tessling*" (2005), 23 C.R. (6th) 229, at pp. 234-35.

(3) Can There Be a Legitimate Privacy Interest in Contraband?

[69] The Crown says that while there may be an asserted privacy interest in belongings generally, there can be no *legitimate* privacy interest in contraband. This argument incorporates a semantic shift from "reasonable expectation" of privacy to "legitimate" expectation of privacy. The Attorneys General ask the Court to adopt the view of the U.S. Supreme Court in *Place* (p. 707) and *Caballes* (p. 411) that

coupable contenait le sac à dos de l'accusé. Il s'agissait d'une information précise et significative, destinée à être tenue secrète, et dissimulée dans un espace fermé à l'égard duquel l'accusé avait une attente permanente en matière de vie privée. En se servant du chien, le policier a pu « voir » à travers le tissu opaque du sac à dos.

[68] Dans *Dyment*, *Plant* et *Tessling*, les diverses catégories de « renseignements » (y compris les « renseignements biographiques d'ordre personnel ») ont servi de moyen d'analyse utile et non de moyen de classification qui doit être déterminant pour l'analyse du droit à la vie privée sur les renseignements personnels. Ce ne sont pas tous les renseignements ne satisfaisant pas au critère des « renseignements biographiques d'ordre personnel » qui sont accessibles à la police. L'écoute électronique permet de capter les signaux électriques qui émanent d'une maison; pourtant, on a considéré que de telles communications sont privées, qu'elles dévoilent ou non des renseignements « biographiques » : *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62, et *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111. On reconnaît qu'il faut préserver la confidentialité de ces renseignements parce que les personnes qui les communiquent veulent raisonnablement qu'ils restent privés : R. M. Pomerance, « Shedding Light on the Nature of Heat : Defining Privacy in the Wake of *R. v. Tessling* » (2005), 23 C.R. (6th) 229, p. 234-235.

(3) Peut-il exister à l'égard d'articles interdits un droit légitime en matière de vie privée?

[69] Le ministère public affirme que, même si les effets personnels peuvent, de façon générale, faire l'objet d'un droit à la vie privée, il ne peut exister à l'égard des articles interdits un droit *légitime* en matière de vie privée. Cet argument comporte un glissement de sens en vertu duquel l'« attente raisonnable » en matière de vie privée se transforme en attente « légitime » en matière de vie privée. Les procureurs généraux demandent à la Cour de souscrire aux conclusions suivantes de la Cour suprême des États-Unis dans *Place* (p. 707) et *Caballes* (p. 411) :

because the [dog's] sniff can only reveal the presence of items devoid of any legal use, the sniff "does not implicate legitimate privacy interests" and is not to be treated as a search.

A denial of any protected privacy interest in sniffer-dog situations has on occasion led in the United States to serious repercussions. In *Doe v. Renfrow*, 631 F.2d 91 (7th Cir. 1980), a school was raided and 2,780 students subjected to a sniff search, without the police having any specific information as to particular drugs or contraband, transactions or events, or drug suppliers on the premises. As recounted by Swygert J. in his dissent in that case (at p. 93):

> Every student was instructed to place his belongings in view and his hands on his desk. Girls placed their purses on the floor between their feet. The teams of searchers moved from room to room, and from desk to desk. Every single student was sniffed, inspected, and examined at least once by a dog and a joint school-police team. The extraordinary atmosphere at the school was supplemented still further when representatives of the press and other news media, invited in by school authorities, entered the schoolhouses and classrooms during the raid and observed the searches while in progress.

As it turns out, the dog alerted to the plaintiff in that case because she had been playing with one of her own dogs on the morning of the search and her dog was in heat.

[70] I think this branch of the Crown's case is effectively addressed by what was said by La Forest J. in *Wong*, at p. 50:

> . . . it would be an error to suppose that the question that must be asked in these circumstances is whether persons who engage in illegal activity behind the locked door of a hotel room have a reasonable expectation of privacy. Rather, the question must be framed in broad and neutral terms so as to become whether in a society such as ours persons who retire to a hotel room and

[TRADUCTION] étant donné qu'elle révèle simplement la présence d'articles dépourvus d'un usage légal, l'utilisation d'un chien renifleur « ne touche aucun droit légitime à la vie privée » et ne doit pas être considérée comme une fouille.

Aux États-Unis, le refus de reconnaître la protection d'un droit à la vie privée dans des cas où des chiens renifleurs avaient été utilisés a eu parfois de graves répercussions. Dans *Doe c. Renfrow*, 631 F.2d 91 (7th Cir. 1980), lors d'une descente de police dans une école, des chiens renifleurs ont flairé les effets personnels de 2 780 élèves alors que la police ne disposait d'aucune information précise quant aux drogues, aux articles interdits, aux transactions ou aux événements en cause, ou quant à la présence de trafiquants de drogue sur les lieux. Dans son jugement dissident, le juge Swygert a rappelé les faits suivants (p. 93) :

> [TRADUCTION] Chaque élève a reçu pour consigne de placer ses effets personnels bien en vue et de mettre les mains sur son pupitre. Les filles ont mis leur sac à main sur le plancher, entre leurs pieds. Les équipes effectuant la fouille se sont déplacées de salle en salle, allant d'un pupitre à un autre. Un chien renifleur est passé devant chaque élève dont les effets ont été inspectés et examinés au moins une fois par une équipe formée de policiers et de membres du personnel de l'école. L'ambiance particulière existant à l'école est ressortie encore davantage lorsque des représentants de la presse et d'autres médias d'information, qui avaient été invités par les autorités scolaires, ont pénétré dans l'école et les classes pendant la perquisition et ont observé son déroulement.

En fin de compte, le chien a réagi devant la demanderesse dans cette affaire parce que celle-ci avait joué le matin même de la perquisition avec l'un de ses propres chiens qui était en chaleur.

[70] Je pense que les commentaires du juge La Forest dans *Wong*, p. 50, ont tranché cet aspect de la preuve du ministère public :

> . . . ce serait une erreur de supposer qu'on doive en pareilles circonstances se demander si les personnes qui commettent des actes illégaux dans une chambre d'hôtel verrouillée peuvent raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée. La question devrait plutôt être posée en termes plus généraux et plus neutres de sorte que l'on se demande plutôt si dans une société

close the door behind them have a reasonable expectation of privacy.

[71] In the United States, numerous judges continue to assert the wider privacy interests. Brennan J. (Marshall J. concurring) in *Jacobsen* warned in his dissent, at p. 138, that

under the Court's analysis in these cases, law enforcement officers could release a trained cocaine-sensitive dog — to paraphrase the California Court of Appeal, a "canine cocaine connoisseur" — to roam the streets at random, alerting the officers to people carrying cocaine. Cf. *People* v. *Evans*, 65 Cal. App. 3d 924, 932, 134 Cal. Rptr. 436, 440 (1977). Or, if a device were developed that, when aimed at a person, would detect instantaneously whether the person is carrying cocaine, there would be no Fourth Amendment bar, under the Court's approach, to the police setting up such a device on a street corner and scanning all passersby. In fact, the Court's analysis is so unbounded that if a device were developed that could detect, from the outside of a building, the presence of cocaine inside, there would be no constitutional obstacle to the police cruising through a residential neighborhood and using the device to identify all homes in which the drug is present. In short, under the interpretation of the Fourth Amendment first suggested in *Place* and first applied in this case, these surveillance techniques would not constitute searches and therefore could be freely pursued whenever and wherever law enforcement officers desire. Hence, at some point in the future, if the Court stands by the theory it has adopted today, search warrants, probable cause, and even "reasonable suspicion" may very well become notions of the past.

In *Caballes*, as already noted, the U.S. Supreme Court held that the use of a narcotics-sniffing dog during a routine traffic stop, in the absence of any suspicion of the motorist's involvement in drug activity, did not implicate legitimate privacy interests. Ginsburg J. (Souter J. concurring) stated in dissent, at p. 422:

comme la nôtre, les personnes qui se retirent dans une chambre d'hôtel et qui ferment la porte derrière elles peuvent raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée.

[71] Aux États-Unis, de nombreux juges continuent de préconiser des droits plus étendus au respect de la vie privée. Le juge Brennan (avec l'appui du juge Marshall) a fait la mise en garde suivante dans son jugement dissident dans *Jacobsen*, p. 138 :

[TRADUCTION] ... en vertu de l'analyse faite par la Cour dans ces affaires, des policiers pourraient laisser un chien dressé pour détecter la cocaïne — pour paraphraser la Cour d'appel de la Californie, un « chien connaisseur en cocaïne » — parcourir les rues au hasard, leur indiquant par ses réactions les personnes en possession de cocaïne. Cf. *People* c. *Evans*, 65 Cal. App. 3d 924, 932, 134 Cal. Rptr. 436, 440 (1977). Ou, si l'on mettait au point un dispositif qui, lorsqu'il est pointé sur une personne, détecterait instantanément la présence de cocaïne, le Quatrième Amendement ne pourrait, selon le raisonnement de la Cour, empêcher la police d'installer un tel dispositif au coin d'une rue et de scanner tous les passants. En fait, l'analyse de la Cour impose tellement peu de limites que si l'on inventait un dispositif permettant de détecter, à partir de l'extérieur d'un immeuble, la cocaïne qui s'y trouve, aucun obstacle d'ordre constitutionnel n'empêcherait les policiers de parcourir des quartiers résidentiels en voiture et d'utiliser le dispositif pour déterminer toutes les maisons où se trouve de la drogue. Bref, en vertu de l'interprétation du Quatrième Amendement proposée pour la première fois dans *Place* et appliquée pour la première fois en l'espèce, ces techniques de surveillance ne constitueraient pas des fouilles ou des perquisitions et pourraient donc être utilisées en tout temps et en tout lieu, au gré des policiers. C'est pourquoi à un certain moment dans le futur, si la Cour s'en tient à la théorie adoptée aujourd'hui, les mandats de perquisition, la cause probable et même les « soupçons raisonnables » pourraient bien devenir des notions du passé.

Dans *Caballes*, ainsi que je l'ai déjà indiqué, la Cour suprême des États-Unis a statué que l'utilisation, au cours d'un simple contrôle routier, d'un chien dressé pour détecter les stupéfiants, en l'absence de tout soupçon d'un lien entre le conducteur et le trafic de drogue, ne mettait pas en cause des droits légitimes au respect de la vie privée. Le juge Ginsburg, dissident, (avec l'appui du juge Souter) a affirmé ce qui suit à la p. 422 :

Under today's decision, every traffic stop could become an occasion to call in the dogs, to the distress and embarrassment of the law-abiding population.

. . .

. . . Nor would motorists have constitutional grounds for complaint should police with dogs, stationed at long traffic lights, circle cars waiting for the red signal to turn green.

See also K. Lammers, "Canine Sniffs: The Search That Isn't" (2005), 1 *N.Y.U. J.L. & Liberty* 845, at pp. 849-50.

[72] As held by our Court in *Wong*, the emphasis should not be on the object of the search but on where the search takes place and its potential impact on the person that is subject to the search. Similarly, in *Jacobsen*, Brennan J. (Marshall J. concurring) in dissent noted that

[i]n determining whether a reasonable expectation of privacy has been violated, we have always looked to the context in which an item is concealed, not to the identity of the concealed item. Thus in cases involving searches for physical items, the Court has framed its analysis first in terms of the expectation of privacy that normally attends the location of the item and ultimately in terms of the legitimacy of that expectation. . . . The fact that a container contains contraband, which indeed it usually does in such cases, has never altered our analysis. [p. 139]

These observations, although in dissent, seem to me to put the focus where it belongs, namely on the person, place or thing searched and the purpose for which the search is undertaken. A suspicionless search should not be absolved by after-the-fact discovery of contraband. The end does not justify the means. Unregulated sniffing raises the very real problem of false positives, where a dog's alert has proven to be inaccurate, or inaccurately interpreted by its handler, and a law abiding citizen is put to embarrassment and inconvenience.

[TRADUCTION] En vertu de la décision rendue aujourd'hui, tout contrôle routier pourrait devenir l'occasion d'avoir recours aux chiens, provoquant désarroi et embarras pour les citoyens respectueux des lois.

. . .

. . . Les automobilistes n'auraient non plus aucun motif d'ordre constitutionnel de déposer une plainte si des policiers accompagnés de chiens s'installaient près des feux de circulation et faisaient le tour des véhicules en attendant que le feu rouge passe au vert.

Voir aussi K. Lammers, « Canine Sniffs : The Search That Isn't » (2005), 1 *N.Y.U. J.L. & Liberty* 845, p. 849-850.

[72] Ainsi que l'a statué notre Cour dans *Wong*, l'accent ne devrait pas être mis sur l'objet de la fouille mais plutôt sur l'endroit où celle-ci a lieu et sur ses répercussions éventuelles sur la personne visée par celle-ci. De même, dans *Jacobsen*, le juge Brennan (avec l'appui du juge Marshall) a fait remarquer ce qui suit dans son jugement dissident :

[TRADUCTION] Pour déterminer s'il y a eu violation d'une attente raisonnable en matière de vie privée, nous avons toujours examiné le contexte dans lequel un article est caché et non la nature même de l'article caché. C'est ainsi que dans des affaires où il était question de perquisitions visant à trouver des éléments matériels, la Cour a axé son analyse tout d'abord sur l'attente en matière de vie privée qui existe normalement à l'endroit où se trouve l'article et finalement sur la légitimité d'une telle attente. [. . .] Le fait que des articles interdits soient présents dans un contenant, ce qui se produit habituellement dans les cas de ce genre, n'a jamais modifié notre analyse. [p. 139]

Bien que ces observations aient été faites dans des motifs dissidents, il me semble qu'elles mettent l'accent là où il doit être, c'est-à-dire sur la personne, sur le lieu ou sur l'objet visés par la fouille ainsi que sur le but de celle-ci. La découverte après coup d'articles interdits ne devrait pas excuser une fouille effectuée en l'absence de tout soupçon. La fin ne justifie pas les moyens. Le recours non réglementé à des chiens renifleurs suscite le problème très réel des faux positifs, c'est-à-dire ces cas où la réaction d'un chien s'avère erronée ou est mal interprétée par le maître-chien et cause des inconvénients et de l'embarras au citoyen respectueux de la loi.

[73] I therefore do not agree with the Crown's argument that A.M.'s reasonable privacy interest in the contents of his backpack extended only to what was lawful and excluded what was unlawful. On the contrary, I expect A.M. would not have cared if the police had found a polished apple for the teacher in his backpack. He would very much care about discovery of illicit drugs. In past cases, we have accepted a legitimate privacy interest in a home despite the presence therein of a drug (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 42), as well as the privacy of an office despite the existence of incriminating documents (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 517-19; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at pp. 641 *et seq.*) and an automobile despite the discovery of incriminating evidence (*Wise*, at p. 533) or drugs (*R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615). In *Buhay*, at para. 21, we upheld the privacy interest of an accused in the contents of a duffel bag found in a locker in a bus depot notwithstanding the presence of marijuana. There is no reason why a student's privacy interest in his backpack should not be deemed similarly respected despite the presence of contraband.

[74] However, the fact that the "sniff" only communicates the presence of contraband and does not disclose the nature or existence of other personal belongings is not without significance. It weighs in the "unreasonableness" balance because, unlike the hand search, a dog sniff is a very narrowly targeted invasion of the suspect's privacy interest.

F. *The Dog Sniff Constituted a "Search" of the Contents of the Student Backpacks*

[75] The use of the dog to "sniff" the students' backpacks constituted a search. As the police officers explained at trial, the only reason they went to

[73] Par conséquent, je ne puis accepter l'argument du ministère public selon lequel le droit raisonnable de A.M. au respect de sa vie privée en ce qui concerne son sac à dos ne s'appliquait qu'aux articles permis qui s'y trouvaient et excluait tous les articles interdits. Au contraire, je crois que A.M. serait resté indifférent si les policiers avaient trouvé dans son sac une pomme polie pour son enseignant. Il s'inquiétait beaucoup plus de la découverte de drogues illicites. Dans des arrêts antérieurs, notre Cour a reconnu l'existence d'un droit légitime à la vie privée dans une maison malgré la présence d'une drogue (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 42), ainsi que le caractère privé d'un bureau malgré la présence de documents incriminants (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 517-519; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 641 et suiv.) et d'une automobile malgré la découverte d'éléments de preuve incriminants (*Wise*, p. 533) ou de drogues (*R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615). Dans *Buhay*, par. 21, notre Cour a reconnu le droit à la vie privée d'un accusé sur le contenu d'un sac de voyage trouvé dans un casier dans une gare d'autobus malgré la présence de marijuana. Il n'y a aucune raison pour laquelle le droit à la vie privée d'un élève à l'égard de son sac à dos ne devrait pas être respecté de la même manière, malgré la présence d'articles interdits.

[74] Cependant, il importe de signaler que l'intervention du chien indique simplement la présence d'articles illégaux et ne révèle pas la nature ou l'existence d'autres effets personnels. Cela pèse lourd pour déterminer s'il y a absence de caractère raisonnable parce que, contrairement à la fouille par palpation, l'utilisation d'un chien renifleur constitue une atteinte étroitement ciblée du droit à la vie privée du suspect.

F. *L'intervention du chien constituait une « fouille » du contenu des sacs à dos des élèves*

[75] L'utilisation du chien pour « flairer » les sacs à dos des élèves constituait une fouille. Ainsi que les policiers l'ont expliqué au procès, la seule raison

St. Patrick's High School was to conduct a "random search" for drugs. They had no reason to suspect at that point that any crime at all had been or was about to be committed. They brought with them a dog which they had specially trained to make their "search" more effective.

[76] The Attorney General of Canada argues that "[w]ith respect to detecting odours or smells dogs do what people do, they just do it better" (factum, at para. 3). I do not think this attempt to anthropomorphize sniffer dogs is convincing. Dogs have a capacity not available to human beings. The better analogy is to a machine or device for detecting odours (such as a smoke alarm), although dogs, being living creatures, are more variable than machines in their performance. The dog "sniffing" cannot be treated as an isolated phenomenon and detached from the broader police conduct. I do not think it is plausible for the Crown to argue at one and the same time that the sniffer-dog utility lies in quick accurate identification of illicit drugs concealed inside a backpack, but that the result is not a search. The lack of plausibility is equally apparent in *Kang-Brown*, where the Crown argues simultaneously that the dog sniff was not a search of the contents of the suspect's bag, yet the information about the concealed contents revealed by the sniff was treated by the RCMP as sufficient to arrest the suspect without ever looking inside the self-same bag.

G. *The Courts and Parliament Have Already Adopted for Some Purposes an Intermediate Standard of "Reasonable Suspicion"*

[77] The suggestion that sniffer-dog searches be permitted on reasonable *suspicion*, based on objective grounds, rather than "reasonable *belief*" as laid down in the circumstances of *Hunter v. Southam* should, of course, be approached with caution. Reasonable "suspicion" has been used by

de leur présence à l'école secondaire St. Patrick's était d'y effectuer une « fouille au hasard » à la recherche de drogues. Ils n'avaient à ce moment-là aucun motif de soupçonner qu'un crime avait été commis ou était sur le point de l'être. Ils ont amené avec eux un chien qu'ils avaient spécialement dressé pour améliorer l'efficacité de leur « fouille ».

[76] Le procureur général du Canada soutient que [TRADUCTION] « en ce qui concerne la détection des odeurs ou senteurs, les chiens font la même chose que les humains, mais ils le font tout simplement mieux » (mémoire, par. 3). Je ne pense pas que cette tentative de prêter des attitudes humaines aux chiens renifleurs soit convaincante. Les chiens ont une capacité que ne possèdent pas les êtres humains. Un appareil ou un dispositif permettant de détecter les odeurs (par exemple un détecteur de fumée) offre une meilleure analogie, si ce n'est que la performance des chiens, qui sont des créatures vivantes, varie davantage que celle des appareils. On ne peut pas considérer que le chien qui recherche une odeur constitue un phénomène isolé, sans lien avec la conduite plus générale des policiers. Je ne pense pas qu'il soit plausible pour le ministère public de faire valoir à la fois que l'utilité du chien renifleur réside dans la détection rapide et fiable de drogues illicites dissimulées dans un sac à dos mais que le résultat n'est pas une fouille. Cette absence de vraisemblance ressort également dans *Kang-Brown*, où le ministère public soutient à la fois que l'utilisation du chien renifleur ne constituait pas une fouille du sac du suspect, mais que l'information obtenue grâce à cette méthode au sujet du contenu du sac a été jugée suffisante pour que la GRC décide d'arrêter le suspect sans avoir jamais jeté un coup d'œil dans le sac lui-même.

G. *Les tribunaux et le législateur ont déjà adopté un critère intermédiaire de « soupçons raisonnables » applicable dans certains cas*

[77] Il convient évidemment de faire preuve de prudence à l'égard de la proposition selon laquelle les fouilles à l'aide de chiens renifleurs devraient être autorisées lorsqu'il existe des *soupçons* raisonnables, fondés sur des motifs objectifs, plutôt qu'une « *croyance* raisonnable » retenue, compte tenu des

this Court to authorize police action in the context of investigative detention (*Mann* and *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32), entrapment (*R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at pp. 964-65), and as justification for the search of a student by a school authority in *M. (M.R.)*, as already noted. The "reasonable suspicion" standard has been adopted by Parliament in regard to searches in areas where there exists a lesser expectation of privacy, such as at border-crossings (e.g., the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98 (a personal search of an individual who is about to leave Canada, a person who has recently arrived, or a person who has been in a departure area and who leaves the area but not Canada), and s. 99.2 (where it is suspected that a person has secreted on or about their person any contraband)). A reasonable suspicion standard has also been adopted in the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 49 (frisk search of an inmate suspected of carrying contraband). Section 254 of the *Criminal Code* (authorizing use of an "approved screening device" for testing "the presence of alcohol in the blood") also offers some legislative analogy outside the border and prison context as it too provides for a minimally intrusive search without a warrant triggered on reasonable suspicion.

faits, dans l'arrêt *Hunter c. Southam*. Notre Cour a utilisé la norme des « soupçons » raisonnables pour autoriser l'intervention de la police dans le contexte d'une détention aux fins d'enquête (*Mann* et *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32), de la provocation policière (*R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, p. 964-965) et, ainsi que je l'ai déjà mentionné, comme justification de la fouille d'un étudiant par des autorités scolaires dans *M. (M.R.)*. Le législateur a adopté la norme des « soupçons raisonnables » à l'égard des fouilles ou perquisitions effectuées à des endroits où l'attente en matière de vie privée est moindre, comme c'est le cas lors du passage à la frontière (par exemple la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^{e} suppl.), art. 98 (la fouille d'un individu sur le point de sortir du Canada, d'une personne arrivée récemment au Canada ou d'une personne qui se trouvait dans la zone des départs et qui quitte cette zone mais non le Canada) et art. 99.2 (lorsque l'on soupçonne qu'une personne dissimule sur elle ou près d'elle des objets interdits)). Une norme de soupçons raisonnables a également été insérée dans la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 49 (fouille par palpation d'un détenu soupçonné d'avoir en sa possession un objet interdit). L'article 254 du *Code criminel* (autorisant l'utilisation d'un « appareil de détection approuvé » pour déceler « la présence d'alcool dans le sang ») offre lui aussi une certaine analogie législative hors du contexte des passages à la frontière et de la prison parce qu'il permet également une fouille peu envahissante, sans mandat, si le policier a des soupçons raisonnables.

[78] Parliament has also used "reasonable suspicion" where it is of the view that the public importance of the objective outweighs the individual's privacy interest, as in the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, including s. 15(1) (search of the person), s. 16(1) (search of conveyance), s. 16(2) (search of baggage) and s. 17(1) (opening of mail).

[78] Le législateur utilise également le concept des « soupçons raisonnables » lorsqu'il est d'avis que l'objectif d'intérêt public l'emporte sur le droit de l'individu au respect de sa vie privée, comme c'est le cas dans la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17, notamment au par. 15(1) (fouille de personnes), au par. 16(1) (fouille d'un moyen de transport), au par. 16(2) (fouille des bagages) et au par. 17(1) (examen du courrier).

[79] The validity of some of these legislative provisions is being challenged in the courts, and their

[79] La validité de certaines de ces dispositions législatives est contestée devant les tribunaux et les

particular circumstances will have to be considered at the relevant time. My point simply is that "reasonable suspicion" is a recognized legal standard that has been adopted where considered appropriate by *both* Parliament *and* the courts.

[80] Of course if "reasonable suspicion" is construed as nothing more than a subjective standard, it may lead, as critics fear, to abuse in terms of arbitrary police action and racial profiling. Realistically, the possibility of after-the-fact accountability will not help a lot of innocent people who have been put to embarrassment by false positives. However, "reasonable suspicion" requires the police officer's subjective belief to be backed by objectively verifiable indications, as is discussed more fully in *Kang-Brown* and by the B.C. Court of Appeal in *R. v. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47. The problem does not arise in the present case, as the youth court judge concluded that there were no grounds even of reasonable suspicion.

[81] Why should the lower standard of reasonable suspicion be adopted? As in *Mann*, the need is to strike an appropriate balance, having regard to the opposing interests. Firstly, the search, properly conducted, does not require any physical contact with the person or object being sniffed. The dog in this case was trained to alert "actively", by making physical contact with the object searched (A.R., at pp. 75-76), but that is not essential. This is an important factor in differentiating a "sniff" search from the physical entry into an individual's private place.

[82] Permitting the police to act on an "intermediate" standard, that of reasonable suspicion, within the framework of s. 8 will allow inappropriate conduct by the dog or the police to be dealt with on the basis that although the lawful authority to use the sniffer dog does exist, the search in the particular case was executed unreasonably, for example, using an inappropriately trained or

circonstances particulières de chaque cas devront être examinées en temps et lieu. Je dis simplement que les « soupçons raisonnables » constituent une norme juridique reconnue *tant par* le législateur *que par* les tribunaux lorsqu'ils l'ont jugé appropriée.

[80] Évidemment, si l'on considère que les « soupçons raisonnables » ne constituent rien d'autre qu'une norme subjective, cela pourrait entraîner, ainsi que le craignent certains critiques, des abus donnant lieu à des mesures policières arbitraires et au profilage racial. Sur le plan pratique, l'obligation éventuelle de rendre des comptes *a posteriori* ne sera d'aucune utilité pour de nombreuses personnes innocentes placées dans une situation embarrassante après de fausses indications positives. Cependant, les « soupçons raisonnables » exigent que le policier appuie sa conviction subjective sur des indications objectives vérifiables, comme le précisent les motifs de cette Cour dans *Kang-Brown* ainsi que ceux de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47. Le problème ne se pose pas en l'espèce parce que le juge du tribunal pour adolescents a conclu que les policiers ne pouvaient avoir même des soupçons raisonnables.

[81] Pourquoi devrait-on appliquer la norme moins rigoureuse des soupçons raisonnables? Comme ce fut le cas dans *Mann*, il faut établir un juste équilibre entre les intérêts opposés en cause. Premièrement, la fouille, si elle est effectuée correctement, n'exige aucun contact physique de la personne avec l'objet que flaire le chien. En l'espèce, le chien était dressé pour réagir de façon « active » en touchant l'objet fouillé (d.a., p. 75-76), mais cela n'est pas essentiel. Ce facteur est important pour faire la distinction entre une fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur et l'entrée dans un lieu privé.

[82] En permettant à la police d'agir, dans le cadre de l'art. 8, en se conformant à une norme « intermédiaire », soit celle des soupçons raisonnables, il sera possible pour trancher la question du comportement inapproprié d'un chien ou de policiers de tenir compte du fait que, même si le recours à un chien renifleur est effectivement autorisé par la loi, la fouille effectuée dans ce cas donné était abusive,

poorly disciplined dog, and thereby constituted a *Charter* breach under the third branch of *Collins*, on the basis of which the evidence obtained may be excluded.

[83] Secondly, as discussed, the dog's communication capacity is limited to a positive alert or a failure to react at all. Unlike a wiretap or a physical search, the police do not obtain a lot of information about a suspect that is not relevant to their specific drug inquiry. While the suspect has a privacy interest in the place where the drugs are concealed, the fact that the sniff will disclose nothing except the presence of illegal drugs in that private place is a factor weighing in favour of moving the balance point to the reasonable suspicion standard.

[84] Thirdly, the evidence in this case is that the sniffer dog Chief has an enviable record of accuracy. Of course dogs, being living creatures, exhibit individual capacities that vary from animal to animal. While a false positive may be rare for Chief, it is not thus with all dogs. The importance of proper tests and records of particular dogs will be an important element in establishing the reasonableness of a particular sniffer-dog search.

[85] The Crown attaches considerable importance to what it says are statistics relevant to the detection rate, that is to say the successful location of drugs in a search conducted pursuant to a dog sniff (true positives), but an important concern for the Court is the number of *false positives*. From the police perspective, a dog that fails to detect half of the narcotics present is still better than no detection at all. From the perspective of the general population, a dog that falsely alerts half of the time raises serious concerns about the invasion of the privacy of innocent people.

par exemple parce que le chien n'était pas correctement dressé ou pas assez obéissant, et constituait donc, suivant le troisième volet de l'arrêt *Collins*, une violation de la *Charte* permettant d'écarter les éléments de preuve obtenus.

[83] Deuxièmement, comme je l'ai expliqué, la capacité de communiquer d'un chien se limite à réagir positivement ou à ne pas réagir du tout. Contrairement à ce qui se produit dans le cas de l'écoute électronique ou d'une fouille physique, la police n'obtient pas au sujet du suspect beaucoup de renseignements qui ne sont pas pertinents à son enquête en matière de drogues. Le suspect a un droit au respect de sa vie privée en ce qui concerne l'endroit où les drogues sont dissimulées, mais le fait que l'utilisation d'un chien ne révélera rien d'autre que la présence de drogues illégales dans ce lieu privé joue en faveur de l'application de la norme des soupçons raisonnables.

[84] Troisièmement, la preuve indique en l'espèce que le chien renifleur Chief a une fiabilité enviable. Évidemment, les capacités individuelles des chiens, qui sont des créatures vivantes, varient de l'un à l'autre. Alors que les fausses indications positives sont probablement rares dans le cas de Chief, ce n'est pas le cas de tous les chiens. Les épreuves auxquelles sont soumis les chiens et leurs dossiers individuels constitueront un élément essentiel pour établir le caractère raisonnable d'une fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur.

[85] Le ministère public accorde beaucoup d'importance à ce qu'il appelle les statistiques pertinentes au taux de détection, c'est-à-dire la détermination avec succès de l'endroit où se trouvent les drogues lors de fouilles effectuées à la suite de la réaction d'un chien (vraies indications positives); toutefois, pour la Cour, c'est le nombre de *fausses indications positives* qui est préoccupant. Du point de vue de la police, il est préférable qu'un chien ne réussisse à détecter que la moitié des stupéfiants présents au lieu de n'en détecter aucun. Du point de vue de la population en général, un chien qui réagit à tort la moitié du temps soulève de sérieuses inquiétudes au sujet de la violation de la vie privée de personnes innocentes.

[86] Robert Bird, in his article "An Examination of the Training and Reliability of the Narcotics Detection Dog" (1996-97), 85 *Ky. L.J.* 405, claims that many dogs maintain "a near perfect record of narcotics detection" (p. 406). However, Justice Souter's dissent in *Caballes* provides a useful compilation of some of the decided cases in the United States where, on the facts, the result was otherwise:

> The infallible dog, however, is a creature of legal fiction. Although the Supreme Court of Illinois did not get into the sniffing averages of drug dogs, their supposed infallibility is belied by judicial opinions describing well-trained animals sniffing and alerting with less than perfect accuracy, whether owing to errors by their handlers, the limitations of the dogs themselves, or even the pervasive contamination of currency by cocaine. [pp. 411-12]

Broadly based studies demonstrate an enormous variation in sniffer-dog performances, with some dogs giving false positives more than 50 percent of the time. Canadian police data seem not to be available, but in 2006, the New South Wales Ombudsman issued a report containing extensive empirical data on the use of sniffer dogs by police since the introduction of the *Police Powers Act*. During the review period, 17 different drug detection dogs made 10,211 indications during general drug detection operations. The Ombudsman reported:

> Almost all persons indicated by a drug detection dog were subsequently searched by police. This is in accordance with police policy which states that an indication by a drug detection dog gives police reasonable suspicion to search a person.
>
> Prohibited drugs were only located in 26% of the searches following an indication. That is, almost three-quarters of all indications did not result in the location of prohibited drugs.

[86] Dans son article intitulé « An Examination of the Training and Reliability of the Narcotics Detection Dog » (1996-1997), 85 *Ky. L.J.* 405, Robert Bird prétend que nombreux sont les chiens qui conservent [TRADUCTION] « un dossier presque parfait en matière de détection des stupéfiants » (p. 406). Cependant, dans son jugement dissident dans *Caballes*, le juge Souter fournit une liste utile de certaines décisions rendues aux États-Unis dans lesquelles les faits indiquaient un résultat différent :

> [TRADUCTION] Le chien infaillible est toutefois une fiction juridique. Bien que la Cour suprême de l'Illinois n'ait pas abordé la question de la moyenne de fiabilité des chiens détecteurs de stupéfiants, leur supposée infaillibilité est démentie par les opinions judiciaires décrivant des animaux bien dressés dont la fiabilité est loin d'être parfaite, que cela soit dû à des erreurs des maîtres-chiens, aux limites des chiens eux-mêmes ou encore à la contamination très répandue du papier-monnaie par la cocaïne. [p. 411-412]

Des études réalisées sur une vaste échelle montrent des écarts considérables dans la performance des chiens renifleurs, certains chiens donnant de fausses indications positives dans plus de 50 p. 100 des cas. Les données de la police au Canada ne semblent pas disponibles mais, en 2006, l'ombudsman de la Nouvelle-Galles-du-Sud a publié un rapport contenant des données empiriques détaillées au sujet de l'utilisation de chiens renifleurs par la police depuis l'adoption de la *Police Powers Act*. Au cours de la période examinée, 17 chiens dressés pour détecter des drogues ont donné 10 211 indications au cours d'opérations générales visant à détecter des drogues. L'ombudsman a écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION] Presque toutes les personnes devant lesquelles avait réagi un chien dressé pour détecter les drogues ont par la suite été fouillées par la police, ainsi que le prévoit la politique de la police selon laquelle une telle réaction fournit à la police un soupçon raisonnable l'autorisant à fouiller une personne.
>
> Des drogues prohibées n'ont été trouvées que dans 26 p. 100 des fouilles effectuées après une réaction du chien. C'est dire qu'environ les trois quarts de toutes les indications données par les chiens n'ont pas permis de trouver de drogues prohibées.

The rate of finding drugs varied from dog to dog, ranging from 7% (of all indications) to 56%.

(NSW Ombudsman, *Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act 2001* (2006), at p. ii (emphasis added).)

See also L. R. Katz and A. P. Golembiewski in "Curbing the Dog: Extending the Protection of the Fourth Amendment to Police Drug Dogs" (2006-2007), 85 *Neb. L. Rev.* 735.

[87] Moreover, the sniff does not disclose the presence of drugs. It discloses the presence of an odour that indicates *either* the drugs are present *or* may have been present but are no longer present, or that the dog is simply wrong. Odour attaches to circulating currency and coins. In the sniffer-dog business, there are many variables.

[88] I mention these conflicting reports because it is important not to treat the capacity and accuracy of sniffer dogs as interchangeable from one dog to the next. Dogs are not mechanical or chemical devices. The police claim that they have available dogs like Chief who have a high accuracy rate and a low percentage of false positives. If the lawfulness of a search is challenged, the outcome may depend on evidence before the court in each case about the individual dog and its established reliability. Neither the police nor other government authorities are justified in relying on the "myth of the infallible dog". Proper police manuals require a handler to record a dog's (or the team's) performance. This is (or should be) accepted as an essential part of a handler's work (see S. Bryson, *Police Dog Tactics* (2nd ed. 2000); R. S. Eden, *K9 Officer's Manual* (1993)), to be adduced as part of the evidentiary basis laid before the trial court at which sniffer-dog evidence is sought to be introduced.

[89] The argument of critics based on the existence of inept or poorly trained animals should not

Le taux de détection de drogues variait d'un chien à un autre, allant de 7 p. 100 (de toutes ces indications) à 56 p. 100.

(NSW Ombudsman : *Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act 2001* (2006), p. ii (je souligne).)

Voir aussi L. R. Katz et A. P. Golembiewski dans « Curbing the Dog : Extending the Protection of the Fourth Amendment to Police Drug Dogs » (2006-2007), 85 *Neb. L. Rev.* 735.

[87] En outre, le chien ne révèle pas la présence de drogues. Il révèle la présence d'une odeur qui indique *soit* la présence de drogues, *soit* qu'il y a pu avoir des drogues qui ne sont plus là, soit que le chien se trompe tout simplement. L'odeur se fixe aux billets de banque et aux pièces de monnaie en circulation. L'utilisation de chiens renifleurs comporte de nombreuses variables.

[88] Je mentionne ces rapports contradictoires parce qu'il est important de ne pas considérer que la capacité et la fiabilité des chiens renifleurs sont interchangeables d'un chien à l'autre. Les chiens ne sont pas des dispositifs mécaniques ou chimiques. La police prétend avoir à sa disposition des chiens qui, comme Chief, ont une grande fiabilité et un faible taux de fausses indications positives. Si la légalité d'une fouille est contestée, la décision peut dépendre de la preuve soumise à la cour dans chaque cas au sujet du chien et de sa fiabilité démontrée. Ni la police ni les autres autorités gouvernementales ne sont justifiées de se fonder sur le « mythe du chien infaillible ». Les guides à l'intention des policiers exigent que le maître-chien prenne en note la performance d'un chien (ou de l'équipe). Cet élément est accepté (ou devrait l'être) comme un aspect essentiel du travail du maître-chien (voir S. Bryson, *Police Dog Tactics* (2e éd. 2000); R. S. Eden, *K9 Officer's Manual* (1993)) et devrait être présenté dans le cadre de la preuve soumise au tribunal de première instance devant lequel on cherche à faire accepter un élément de preuve obtenu à l'aide d'un chien renifleur.

[89] L'argument que formulent les critiques en s'appuyant sur l'existence d'animaux inaptes ou qui

obscure the point that a non-obtrusive search by a dog/handler team of established reliability represents, in my view, a lesser step in a criminal investigation than a physical search and one that may be triggered by reasonable suspicion.

H. *Is a Prior Judicial Warrant Required?*

[90] In sniffer-dog situations, the police are generally required to take quick action guided by on-the-spot observations. In circumstances where this generally occurs, as in the bus terminal situation in *Kang-Brown*, it is not feasible to subject the "sniffer dog's" sniff to prior judicial authorization. Absent a positive "alert" by the dog, the police would have no basis on which to push their investigation beyond a few *Mann*-type questions, much less to detain the suspect. Both the suspect and his suspicious belongings would be long gone before the paperwork could be done or a telewarrant processed (even if such procedures were made available on a "reasonable suspicion" standard). While a school setting provides a different set of difficulties, the fact remains that there is no mechanism in the *Criminal Code* to obtain a warrant on the basis of reasonable suspicion, and there is apparently no immediate prospect of Parliament addressing these issues. In my view, in the particular context of sniffer dogs, there is sufficient protection for the public in the prior requirement of objectively based reasonable suspicion and after-the-fact judicial review to satisfy the "reasonableness" requirement of s. 8. The trade-off for permitting the police to deploy their dogs on a "reasonable suspicion" standard without a warrant is that if this procedure is abused and sniffer-dog searches proceed without reasonable suspicion based on objective facts, the consequence could well tip the balance against the admission of the evidence.

ne sont pas suffisamment bien dressés ne devrait pas faire oublier qu'une fouille non envahissante effectuée par une équipe composée d'un chien et d'un maître-chien dont la fiabilité est établie représente dans le cadre d'une enquête criminelle une étape qui, à mon avis, est moins importante qu'une fouille physique et qui peut reposer sur l'existence de soupçons raisonnables.

H. *Un mandat judiciaire préalable est-il nécessaire?*

[90] Dans les cas de recours à un chien renifleur, les policiers sont généralement obligés de prendre rapidement des mesures en fonction des observations faites sur place. Dans les circonstances où cela se produit généralement, par exemple dans une gare d'autobus comme dans *Kang-Brown*, il n'est pas possible de soumettre l'intervention du « chien renifleur » à une autorisation judiciaire préalable. Sans une « réaction » positive du chien, les policiers n'auraient aucun motif de poursuivre leur enquête après quelques questions du type de l'arrêt *Mann*, et encore moins de détenir le suspect. Tant le suspect que ses effets personnels suspects ne seraient plus là bien avant que la paperasse soit remplie ou que le télémandat puisse être traité (même si de telles mesures pouvaient être prises suivant la norme des « soupçons raisonnables »). Bien que le milieu scolaire pose des difficultés différentes, il n'en demeure pas moins que le *Code criminel* ne prévoit aucun mécanisme permettant d'obtenir un mandat sur le fondement de soupçons raisonnables et que le législateur n'envisage apparemment pas pour l'instant de régler ces questions. À mon avis, dans le contexte particulier des chiens renifleurs, l'exigence préalable de soupçons raisonnables fondés sur des faits objectifs et le contrôle judiciaire a posteriori assurent au public une protection suffisante pour satisfaire à l'exigence du « caractère raisonnable » prévu à l'art. 8. Une solution de compromis permet aux policiers d'utiliser leurs chiens selon la norme des « soupçons raisonnables » sans obtenir un mandat; en effet, s'il y a abus de cette procédure et que des fouilles sont effectuées avec des chiens renifleurs en l'absence de tout soupçon raisonnable fondé sur des faits objectifs, cela pourrait jouer contre l'admission des éléments de preuve.

[91] It is clear that the dog-sniff search here was unreasonably undertaken. The youth court judge found that the police lacked any grounds for reasonable suspicion. He wrote:

> The search conducted November 7, 2002, was conducted without any reasonable grounds. While Mr. Bristo gave evidence of concern expressed by neighbours of the school and parents of the children at the school of observations they had made giving rise to a reasonable belief drugs would be at the school. There were no such disclosures to school authorities on that day. Those disclosures to which Mr. Bristo referred, had all been made previous to the day in question. Until the moment the police arrived that day, none of the school officials were aware the police were coming. The invitation to the police was extended in a general fashion some time earlier.
>
> Mr. Bristo did testify as to his belief in the likelihood of drugs being present in the school on that day or any other day. Perhaps not surprisingly, he is of the view that on any given day drugs will be found in the school. While some flexibility must be extended to school authorities with respect to what information will give them reasonable grounds, I do not believe the intent of the Supreme Court in *M. (M.R.)* is to allow a reasonably well-educated guess to constitute reasonable grounds. [paras. 15-16]

Nor is a "reasonably well-educated guess" sufficient to constitute reasonable suspicion. The Crown has shown no error in the youth court judge's finding of fact. I therefore conclude that although a warrantless sniffer-dog search is available where grounds for reasonable suspicion are demonstrated, the sniffer-dog search of the students' belongings in this case violated their *Charter* rights under s. 8.

I. *Were the Students Unlawfully Detained?*

[92] The accused contends that when the students were told by the principal to remain in their classrooms, there was a s. 9 detention. I do not agree.

[91] Il est clair en l'espèce que la fouille par le chien renifleur a été entreprise de façon abusive. Le juge du tribunal pour adolescents a conclu que la police ne pouvait avoir de soupçons raisonnables. Il a écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION] La fouille du 7 novembre 2002 a été effectuée en l'absence de tout motif raisonnable. Et ce, même si M. Bristo a déclaré lors de son témoignage que des voisins de l'école et des parents des enfants fréquentant celle-ci avaient exprimé des inquiétudes qui auraient pu raisonnablement permettre de soupçonner qu'il y avait de la drogue à l'école. Aucune information de ce genre n'a été fournie à la direction de l'école ce jour-là. Les informations auxquelles M. Bristo a fait allusion étaient toutes antérieures au jour en question. Jusqu'au moment où les policiers sont arrivés à l'école ce jour-là, aucun des responsables de l'école ne savait qu'ils venaient. Une invitation générale avait été faite à la police quelque temps auparavant.
>
> M. Bristo a déclaré qu'il croyait qu'il pouvait y avoir de la drogue à l'école ce jour-là ou un autre jour. Il n'y a peut-être pas lieu de s'étonner qu'il estime qu'on peut trouver en tout temps de la drogue à l'école. Bien qu'une certaine latitude doive être laissée aux autorités scolaires quant aux informations qui suscitent des motifs raisonnables, je ne crois pas que la Cour suprême ait eu l'intention dans *M. (M.R.)* de permettre qu'une supposition raisonnablement fondée sur l'expérience puisse constituer un motif raisonnable. [par. 15-16]

Une « supposition raisonnablement fondée sur l'expérience » ne suffit pas non plus pour constituer un soupçon raisonnable. Le ministère public n'a pas démontré que la conclusion de fait du juge du tribunal pour adolescents était erronée. Je dois par conséquent conclure que, même si l'on peut effectuer sans mandat une fouille avec un chien renifleur lorsque l'existence de motifs d'avoir des soupçons raisonnables est démontrée, en l'espèce, la fouille des effets personnels des élèves par le chien renifleur a violé les droits garantis aux élèves par l'art. 8 de la *Charte*.

I. *Les élèves ont-ils été détenus illégalement?*

[92] L'accusé prétend que, lorsque le directeur a dit aux élèves de rester dans leurs classes, il y a eu détention visée à l'art. 9. Je ne suis pas d'accord avec lui.

[93] The school principal announced over the school's public address system that the police were on site and on his own initiative informed the staff and students that they were to remain in their classrooms until the police were finished (A.R., at pp. 3, 47 and 64). He made this announcement for the mutual benefit of the police and the school population, "so the dogs can work and the kids can feel — the kids are out of the halls" (A.R., at p. 55). The principal acknowledged that his announcement would make it easier for the police to do their jobs, but repeated that the benefit was "mutual" (A.R., at p. 55). His announcement should be seen as action by the school principal pursuant to the *Education Act* to maintain order and discipline in the school. It was not itself a *Charter* breach.

J. *Should the Evidence Nevertheless Be Admitted Pursuant to Section 24(2) of the Charter?*

[94] Constable Callander testified that he went to St. Patrick's to conduct a "random sear[ch]" (A.R., at p. 79). He acknowledged that any attempt to obtain a search warrant would have been "a fruitless exercise" (A.R., at p. 88). He did not have any "direct awareness" of drugs in the school (A.R., at p. 84) and there was no concern for anyone's safety (A.R., at p. 84). My colleague Deschamps J. writes that:

> There is evidence in the record that drugs were prevalent at the school. . . . Mr. Bristo . . . testified that "on any given day drugs will be found in the school" . . . . [para. 104]

However, in the paragraph cited by my colleague, the trial judge concluded that Mr. Bristo's comments represented no more than a "reasonably well-educated guess" (para. 16). The trial judge did not find that drugs were prevalent in the school. There is no evidence from which it could be concluded that St. Patrick's had any greater problem than other schools. This is not to diminish the importance of

[93] Le directeur de l'école a annoncé, en se servant du système de diffusion publique de l'école, que la police était sur les lieux et il a de sa propre initiative informé le personnel et les élèves qu'ils devaient demeurer dans leurs classes jusqu'à ce que la police ait fini ses recherches (d.a., p. 3, 47 et 64). Il a fait cette annonce à la fois pour le bénéfice des policiers et de la population étudiante, [TRADUCTION] « afin que les chiens puissent faire leur travail et que les enfants sentent — que les enfants ne se trouvent pas dans les corridors » (d.a., p. 55). Le directeur a reconnu que son annonce devait faciliter le travail de la police, mais il a répété qu'elle avait été faite pour leur bénéfice [TRADUCTION] « mutuel » (d.a., p. 55). Il faudrait considérer l'annonce faite par le directeur de l'école comme une mesure prise, en vertu de la *Loi sur l'éducation*, pour maintenir l'ordre et la discipline dans l'école. Il ne s'agissait pas en soi d'une violation de la *Charte*.

J. *Les éléments de preuve devraient-ils néanmoins être admis en vertu du par. 24(2) de la Charte?*

[94] L'agent Callander a déclaré qu'il s'était rendu à l'école St. Patrick's pour effectuer une [TRADUCTION] « fouille au hasard » (d.a., p. 79). Il a reconnu que toute tentative d'obtenir un mandat de perquisition aurait constitué [TRADUCTION] « un exercice futile » (d.a., p. 88). Il n'était pas [TRADUCTION] « directement au courant » de la présence de drogues à l'école (d.a., p. 84) et il n'y avait aucune inquiétude quant à la sécurité de qui que ce soit (d.a., p. 84). Ma collègue la juge Deschamps écrit ceci :

> Selon la preuve au dossier, la drogue était répandue à l'école. [. . .] Il [M. Bristo] a déclaré que [TRADUCTION] « on peut trouver en tout temps de la drogue à l'école » . . . [par. 104]

Cependant, au paragraphe que cite ma collègue, le juge du procès a conclu que les commentaires de M. Bristo ne représentaient rien de plus qu'une [TRADUCTION] « supposition raisonnablement fondée sur l'expérience » (par. 16). Le juge du procès n'a pas conclu que la drogue était répandue à l'école. Rien dans la preuve ne permettait de conclure que l'école St. Patrick's avait plus de

dealing with drugs in schools, but, with respect, the trial judge was in a better position than we are to evaluate the effect of Mr. Bristo's evidence.

[95] After a careful review of the s. 24(2) factors set out in *Collins*, the youth court judge concluded:

> This search was unreasonable from the outset. It is completely contrary to the requirements of the law with respect to the search in a school setting. To admit the evidence is effectively to strip A.M. and any other student in a similar situation of the right to be free from unreasonable search and seizure. It is effectively saying that persons in the same situation as A.M. have no rights. Such a finding would, to my mind, bring the administration of justice into disrepute, notwithstanding the other factors I have alluded to. [para. 25]

[96] In *Collins*, Lamer J. held that the exercise of a trial judge's discretion in s. 24(2) is "grounded in community values" and that its exercise would not be interfered with on appeal unless it were based on a wrong principle or exercised in an unreasonable manner (p. 283). See also *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, at para. 32, *Wise*, at p. 539, *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 68, and *Buhay*, at para. 48.

[97] The youth court judge here noted that the evidence of the drugs existed independently of the *Charter* violation and that its admission, being non-conscriptive, would not affect trial fairness (A.R., at p. 10). The evidence was essential to the Crown's case. Further, having regard to the school setting, "the breach must be seen on the less serious end of the scale" (A.R., at p. 10). No bad faith could be attributed to the police or school authorities (A.R., at p. 11). All of these factors tended to favour admission of the evidence despite the *Charter* breaches. However, weighed against admission was the fact that the speculative sweep in this case appears to be the standard practice of the Ontario Provincial Police and Ontario's municipal police forces. The

problèmes que d'autres écoles. Cela ne diminue en rien l'importance du trafic de drogue dans les écoles mais, avec égards, le juge du procès était en meilleure position que nous pour évaluer l'effet du témoignage de M. Bristo.

[95] Après avoir examiné attentivement les facteurs du par. 24(2) énoncés dans l'arrêt *Collins*, le juge du tribunal pour adolescents a conclu comme suit :

> [TRADUCTION] Cette fouille était abusive dès le départ. Elle est complètement contraire aux exigences de la loi en ce qui concerne les fouilles ou perquisitions en milieu scolaire. Admettre les éléments de preuve équivaut en fait à dépouiller A.M. et tout autre élève se trouvant dans une situation similaire de son droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Cela équivaut à dire que les personnes se trouvant dans la même situation que A.M. n'ont aucun droit. À mon avis, une telle conclusion est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice malgré les autres facteurs que j'ai évoqués. [par. 25]

[96] Dans *Collins*, le juge Lamer a statué que l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au juge du procès par le par. 24(2) est « enraciné dans les valeurs de la société » et ne peut être remis en question à moins qu'il ne soit fondé sur un mauvais principe ou exercé de manière déraisonnable (p. 283). Voir également *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, par. 32, *Wise*, p. 539, *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 68, et *Buhay*, par. 48.

[97] Le juge du tribunal pour adolescents a fait remarquer que la preuve de la présence de drogues existait indépendamment de la violation de la *Charte* et qu'étant donné qu'elle n'avait pas été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, son admission ne compromettrait pas l'équité du procès (d.a., p. 10). Les éléments de preuve étaient essentiels pour la preuve avancée par le ministère public. De plus, compte tenu du milieu scolaire, [TRADUCTION] « cette violation doit être considérée parmi les moins graves » (d.a., p. 10). Aucune mauvaise foi ne pouvait être attribuée à la police ou à la direction de l'école (d.a., p. 11). Tous ces facteurs tendaient à favoriser l'admission des éléments de preuve malgré les violations de la *Charte*.

searches did not respect the rules set out four years previously by this Court in *M. (M.R.)*; nor did they comply with the school board's own policies enacted pursuant to the *Education Act*, which call for police to be used only "when necessary, or if the well-being of the student is at risk" (see *St. Clair Catholic District School Board Policies and Procedures: Section 3: Students* (2000), Policy 3.10, at p. 3). Constable McCutchen acknowledged that he had participated in sniffer-dog searches of schools on approximately 140 prior occasions (A.R., at p. 74). The failure to respect the right of the students may therefore be described as systemic. In the end, weighing the good with the bad, the youth court judge concluded that "the *Charter* must not be seen as something to be swept away in the interests of expediency. While this case centres around the rights of A.M., the rights of every student in the school were violated that day as they were all subject to an unreasonable search" (para. 25).

[98] Like Armstrong J.A. in the Ontario Court of Appeal, I would not interfere with the balance of competing values struck by the youth court judge or his exclusion of the evidence. Youth court judges carry out special responsibilities for young people in trouble with the law. They have a greater awareness than appellate judges do of the effect that admission or exclusion of this evidence would have on the reputation of the administration of justice in the community with which they deal on a daily basis. The trial judge's analysis was brief but perceptive. I would not interfere.

V. Disposition

[99] I would dismiss the appeal.

Cependant, le fait que les recherches au hasard effectuées en l'espèce semblent constituer la pratique normale de la Police provinciale de l'Ontario et des corps policiers municipaux en Ontario ne favorisait pas l'admission des éléments de preuve. Les fouilles ne respectaient pas les règles énoncées quatre ans plus tôt par notre Cour dans *M. (M.R.)* ni les politiques adoptées par le conseil scolaire en vertu de la *Loi sur l'éducation* et en vertu desquelles il convient de faire appel à la police seulement [TRADUCTION] « lorsque nécessaire ou si le bien-être de l'élève est en danger » (voir *St. Clair Catholic District School Board Policies and Procedures : Section 3 : Students* (2000), politique 3.10, p. 3). L'agent McCutchen a reconnu qu'il avait déjà participé à environ 140 fouilles ou perquisitions effectuées dans des écoles à l'aide de chiens renifleurs (d.a., p. 74). On peut donc dire que le non-respect du droit des élèves est systémique. En fin de compte, après avoir pesé le pour et le contre, le juge du tribunal pour adolescents a conclu que [TRADUCTION] « on ne saurait considérer que l'application de la *Charte* peut être écartée pour des raisons pratiques. Bien que la présente affaire porte sur les droits de A.M., les droits de chacun des élèves de l'école ont été violés ce jour-là puisque tous les élèves ont été soumis à une fouille abusive » (par. 25).

[98] Comme le juge Armstrong de la Cour d'appel de l'Ontario, je ne modifierais pas l'équilibre des droits opposés qu'a établi en l'espèce le juge du tribunal pour adolescents ni son exclusion des éléments de preuve. Les juges du tribunal pour adolescents ont des responsabilités particulières à l'égard des jeunes qui ont des problèmes avec la loi. Ils sont mieux informés que les juges d'appel au sujet de l'effet que l'admission ou l'exclusion de ces éléments de preuve pourrait avoir sur la réputation de l'administration de la justice dans la collectivité dont ils s'occupent quotidiennement. L'analyse du juge du procès était courte mais lucide. Je ne modifierais pas sa décision.

V. Dispositif

[99] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The reasons of Deschamps and Rothstein JJ. were delivered by

[100] DESCHAMPS J. (dissenting) — The presence of drugs in our schools is a very serious social problem. Schools must be substantially free of illegal drugs to promote a safe and productive learning environment for the benefit of students and staff. In this case, a high school's zero-tolerance policy for drugs was enforced using a sniffer dog to check an unattended backpack in an empty school gymnasium. Even though students and parents had been informed of the zero-tolerance policy and sniffer dogs had been used in the past, the respondent A.M. claims that evidence of the marijuana and psilocybin ("magic mushrooms") found in his backpack by police using a sniffer dog should be excluded on the basis that it was obtained unconstitutionally.

[101] In my view, both the trial judge and the Ontario Court of Appeal erred in failing to consider the threshold issue of whether A.M. had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in this case. In my view, he did not. Accordingly, I would allow the appeal and order a new trial.

[102] This case was heard together with *R. v. Kang-Brown*, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18, which concerns the use by police of a sniffer dog to check the luggage of a traveller in a bus terminal on the basis of a reasonable suspicion that evidence of an offence would be discovered. There are several common issues in these two cases. Unlike in the instant case, however, the facts of *Kang-Brown* also raise the issues of a reasonable expectation of privacy engaging s. 8 of the *Charter*, and reasonable suspicion. That case is thus better suited to legal analysis. In the interest of concision, therefore, the main legal propositions at issue

Version française des motifs des juges Deschamps et Rothstein rendus par

[100] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — La présence de drogues dans nos écoles est un problème social très grave. Afin de permettre aux élèves et au personnel enseignant d'évoluer dans un milieu sûr et propice à l'apprentissage, la présence de drogues illicites ne peut être tolérée dans les écoles. En l'espèce, pour faire appliquer la politique de tolérance zéro en matière de drogues d'une école secondaire, un chien renifleur a été utilisé pour détecter la présence de drogues dans un sac à dos laissé sans surveillance dans un gymnase vide de l'école. Même si les élèves et les parents avaient été informés de l'existence de la politique de tolérance zéro et si on avait eu recours à des chiens renifleurs dans le passé, l'intimé A.M. prétend que la preuve de la marijuana et de la psilocybine (les « champignons magiques ») qu'un chien renifleur de la police a permis de trouver dans son sac à dos devrait être écartée parce qu'elle a été obtenue de façon inconstitutionnelle.

[101] À mon avis, tant le juge du procès que la Cour d'appel de l'Ontario ont commis une erreur en n'examinant pas la question préliminaire de savoir si, en l'espèce, A.M. avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui entraînait l'application de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon moi, A.M. n'avait pas une telle attente. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[102] Le présent pourvoi a été entendu en même temps que *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18; dans cette affaire, la police avait des motifs raisonnables de soupçonner qu'il serait possible de découvrir la preuve d'une infraction et a utilisé un chien renifleur pour vérifier les bagages d'un voyageur dans une gare d'autobus. Ces deux affaires soulèvent plusieurs questions communes. Cependant, contrairement au présent pourvoi, dans *Kang-Brown*, les faits démontraient une attente raisonnable en matière de vie privée donnant lieu à l'application de l'art. 8 de la *Charte* ainsi que des soupçons raisonnables, de sorte que ce dernier arrêt

in both cases are set out in my reasons in *Kang-Brown.*

1. Facts

[103] A.M. was a student at St. Patrick's High School in Sarnia, Ontario. The school had a zero-tolerance policy for drugs. The trial judge noted that "[s]tudents are aware of the policy and are also aware that to enforce the policy, the school authorities may resort to the use of police officers with drug detector dogs" ((2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98, at para. 5). Parents were also made aware of the zero-tolerance policy and of the use of sniffer dogs to enforce the policy.

[104] There is evidence in the record that drugs were prevalent at the school. Neighbours of the school and parents of students had spoken to the principal, Mr. Bristo, about the presence of drugs at the school. Specifically, Mr. Bristo testified that parents and neighbours had called him to report that they believed students were engaging in drug activities outside the school, and parents had also reported that they were aware of students using drugs and were "fearful about a safe and orderly environment" (A.R., at p. 50). Under cross-examination, Mr. Bristo agreed that the reports relating to drugs in the school were ongoing and consistent. He also testified that "on any given day drugs will be found in the school" (A.R., at p. 8) and that some students "go out of their way to hide things around the building or hide it on their person" (A.R., at p. 46).

[105] After becoming the principal of St. Patrick's High School in September 2000, Mr. Bristo had issued a "standing invitation" to the police to visit the school with sniffer dogs if dogs were available (A.R., at p. 2). The trial judge stated that the invitation had been "extended to allow school authorities

se prête mieux à l'analyse juridique. C'est pourquoi, par souci de concision, les principales thèses juridiques invoquées dans les deux affaires sont exposées dans mes motifs dans *Kang-Brown.*

1. Faits

[103] A.M. était un élève de l'école secondaire St. Patrick's à Sarnia, en Ontario, une école qui a mis en vigueur une politique de tolérance zéro en matière de drogues. Le juge du procès a signalé que [TRADUCTION] « [l]es élèves sont au courant de la politique et ils savent également que, pour la faire appliquer, la direction de l'école peut demander l'intervention de policiers accompagnés de chiens renifleurs dressés pour détecter la présence de drogues » ((2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98, par. 5). Les parents ont également été informés de la politique de tolérance zéro ainsi que de l'utilisation de chiens renifleurs pour la faire appliquer.

[104] Selon la preuve au dossier, la drogue était répandue à l'école. Des voisins de l'école et des parents des élèves la fréquentant avaient signalé la présence de drogues à l'école au directeur, M. Bristo. Plus précisément, M. Bristo a déclaré que des parents et des voisins lui avaient téléphoné pour l'informer qu'ils croyaient que des élèves se livraient à des activités liées à la drogue à l'extérieur de l'école; des parents lui auraient également dit qu'ils savaient que des élèves consommaient de la drogue et qu'ils [TRADUCTION] « craignaient que cela compromette la sécurité et l'ordre à l'école » (d.a., p. 50). En contre-interrogatoire, M. Bristo a reconnu qu'on lui signalait régulièrement la présence de drogues à l'école. Il a déclaré que [TRADUCTION] « on peut trouver en tout temps de la drogue à l'école » (d.a., p. 8) et que certains élèves [TRADUCTION] « s'efforcent de cacher des objets aux abords de l'édifice ou de les dissimuler sur eux » (d.a., p. 46).

[105] Après être devenu directeur de l'école secondaire St. Patrick's en septembre 2000, M. Bristo avait donné à la police une « invitation ouverte » à venir à l'école avec des chiens renifleurs si des chiens étaient disponibles (d.a., p. 2). Le juge du procès a affirmé que cette invitation avait été

to more easily enforce school discipline" (A.R., at p. 5).

[106] Between September 2000 and November 2002, the police went to the school with their sniffer dog on a couple of occasions to determine whether there were illegal drugs there (A.R., at p. 16). They would go through the hallways and the parking lot and, "if time is available, sometimes even [go] into classrooms" (A.R., at pp. 45-46).

[107] On November 7, 2002, three police officers once again asked for permission to look for drugs at the school with their dog. Mr. Bristo immediately gave them permission to do so. To allow the police to do their work, he made an announcement over the school's public address system in which he instructed students to remain in their classrooms. The dog was trained to find humans and detect five types of narcotics: heroin, marijuana, hashish, crack cocaine and cocaine. There is no evidence that the dog went into any classrooms or came into direct contact with any students on this occasion.

[108] Once the police had gone through the areas of the school they had intended to visit, they asked Mr. Bristo if there were any other areas that might be of interest. He suggested a gymnasium.

[109] In the gymnasium, where there were no students, the dog indicated to his handler that he smelled drugs in a backpack lying with others next to the wall. The handler passed the backpack to another officer, who searched it and found five bags of marijuana, ten magic mushrooms (psilocybin), drug paraphernalia (a pipe, a lighter, rolling papers and a roach clip) and a wallet containing A.M.'s identification.

[110] A.M. was suspended for a number of days pursuant to the school's zero-tolerance drug policy. He was also charged with possession of cannabis

[TRADUCTION] « faite pour aider la direction de l'école à faire respecter la discipline » (d.a., p. 5).

[106] Entre septembre 2000 et novembre 2002, les policiers se sont présentés à quelques reprises à l'école avec leur chien renifleur pour vérifier s'il s'y trouvait des drogues illicites (d.a., p. 16). Ils ont alors arpenté les corridors, le stationnement et [TRADUCTION] « si le temps le permettait, ils sont même allés parfois dans des classes » (d.a., p. 45-46).

[107] Le 7 novembre 2002, trois policiers ont encore une fois demandé la permission de vérifier la présence de drogues à l'école avec leur chien. M. Bristo leur en a immédiatement donné la permission. Afin de permettre aux policiers de faire leur travail, il s'est servi du système d'interphone de l'école pour ordonner aux élèves de demeurer dans leurs classes. Le chien était dressé pour chercher des personnes et détecter la présence de cinq types de stupéfiants : l'héroïne, la marijuana, le hachisch, la cocaïne épurée ou crack, et la cocaïne. La preuve n'indique pas que le chien soit entré dans des classes ou ait été en contact direct avec des élèves à cette occasion.

[108] Après être allés dans les aires de l'école qu'ils voulaient parcourir, les policiers ont demandé à M. Bristo s'il y avait d'autres endroits susceptibles de les intéresser. M. Bristo leur a indiqué un gymnase.

[109] Dans le gymnase, où ne se trouvait aucun élève, le chien a signalé au maître-chien une odeur de drogues émanant d'un sac à dos qui se trouvait parmi d'autres sacs alignés près du mur. Le maître-chien a remis le sac à dos à un autre policier qui l'a fouillé et y a trouvé cinq sacs de marijuana, dix champignons magiques (la psilocybine), des accessoires facilitant la consommation de drogues (une pipe, un briquet, du papier à cigarettes et un pince-joint) ainsi qu'un portefeuille contenant une pièce d'identité de A.M.

[110] En application de la politique de tolérance zéro de l'école, A.M. a été suspendu pendant plusieurs jours. Il a également été accusé de possession

marijuana for the purpose of trafficking and with possession of psilocybin.

[111] A.M. brought an application to exclude the evidence of the marijuana and psilocybin under s. 24(2) of the *Charter* on the basis that his s. 8 right to be secure against unreasonable search or seizure had been infringed. Hornblower J. based his analysis on this Court's decision in *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, and began by considering "whether the school authorities were acting as agents of the police" (para. 10). After finding that they were not, he immediately turned to the issue of the reasonableness of the search. He reasoned that since the search was conducted without prior judicial authorization, it was *prima facie* unreasonable and that any search of A.M.'s backpack would have to be based on reasonable grounds, specific to an individual, to believe that evidence of an offence would be discovered. He accordingly found that s. 8 of the *Charter* had been infringed. Hornblower J. concluded that the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. As a result, the charges against A.M. were dismissed.

[112] Armstrong J.A., writing for the Ontario Court of Appeal, considered that the use of the sniffer dog at the school constituted a warrantless and random search. He agreed that the use of the dog constituted a police search and stated that the dog sniff of A.M.'s backpack constituted a search for s. 8 purposes. In his view, "a student's backpack should be afforded at least the same degree of respect as an adult's briefcase" ((2006), 79 O.R. (3d) 481, at para. 49). He held that because the search was warrantless it was *prima facie* unreasonable. Armstrong J.A. stated that neither the legislation nor the policies in effect at the time authorized warrantless, random searches. He could find no error in Hornblower J.'s decision to exclude the evidence. Accordingly, he dismissed the appeal and upheld the dismissal of the charges.

de marijuana en vue d'en faire le trafic et de possession de psilocybine.

[111] A.M. a présenté en application du par. 24(2) de la *Charte* une demande visant à obtenir l'exclusion de la preuve relative à la marijuana et à la psilocybine au motif qu'il y avait eu violation du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives que lui garantit l'art. 8. Fondant son analyse sur l'arrêt de notre Cour *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, le juge Hornblower a d'abord examiné [TRADUCTION] « si les autorités de l'école agissaient en qualité de mandataires de la police » (par. 10). Ayant conclu que ce n'était pas le cas, il a immédiatement examiné la question du caractère raisonnable de la fouille. Il a estimé qu'étant donné qu'elle avait été effectuée sans autorisation judiciaire préalable, la fouille était abusive *prima facie* et que toute fouille du sac à dos de A.M. aurait dû être fondée sur des motifs raisonnables de croire qu'on y trouverait la preuve d'une infraction commise par A.M. Par conséquent, il a conclu qu'il y avait eu violation de l'art. 8 de la *Charte*. Le juge Hornblower a conclu que les éléments de preuve devaient être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*. Par conséquent, les accusations portées contre A.M. ont été rejetées.

[112] Au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Armstrong a estimé que l'utilisation de chiens renifleurs à l'école constituait une fouille sans mandat, effectuée au hasard. Il a reconnu que l'utilisation du chien constituait une fouille par la police et a affirmé qu'il y a eu fouille au sens de l'art. 8 lorsque le chien a senti le sac à dos de A.M. Selon le juge Armstrong, [TRADUCTION] « il convient de faire preuve à l'égard du sac à dos d'un élève d'un respect à tout le moins égal à celui qui s'impose à l'égard d'un porte-documents appartenant à un adulte » ((2006), 79 O.R. (3d) 481, par. 49). Il a jugé que, parce qu'elle avait été effectuée sans mandat, la fouille était abusive *prima facie*. Le juge Armstrong a affirmé que ni la loi ni les politiques en vigueur à l'époque n'autorisaient les fouilles sans mandat effectuées au hasard. Il n'a trouvé aucune erreur dans la décision du juge Hornblower d'écarter les éléments de preuve. Par conséquent, il a rejeté l'appel et confirmé le rejet des accusations.

2. Issues

[113] The issues in this appeal are whether A.M.'s right to be secure against unreasonable search or seizure pursuant to s. 8 of the *Charter* was infringed in the circumstances of this case and, if so, whether the evidence obtained should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

3. Analysis

[114] The *Charter* provision involved in this appeal reads as follows:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

[115] After summarizing the legal principles applicable to this s. 8 claim, I will apply them to this case.

3.1 *Applicable Legal Principles*

[116] As mentioned above, my view on the law applicable to this case is set out more fully in the companion case of *Kang-Brown*. With this in mind, the main legal principles to be applied in assessing this s. 8 claim can be summarized as follows:

(1) To determine whether s. 8 is engaged, an accused must establish that his or her expectation of privacy was reasonable in light of the totality of the circumstances. The alleged privacy interest must be framed in broad and neutral terms.

(2) If s. 8 is engaged, the reasonableness of the search or seizure must be evaluated. The Crown must show that the search was authorized by law, that the law was reasonable, and that the search was carried out in a reasonable manner.

(3) Where the Crown relies on common law police powers as authority for the search, it must demonstrate both (a) that the police were acting in

2. Questions en litige

[113] Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, il y a eu atteinte au droit de A.M. à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si la preuve obtenue devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

3. Analyse

[114] La disposition de la *Charte* dont il est question dans le présent pourvoi prévoit ce qui suit :

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

[115] Après avoir résumé les principes juridiques applicables à la demande fondée sur l'art. 8, je les appliquerai à la présente affaire.

3.1 *Principes juridiques applicables*

[116] Ainsi que je l'ai déjà mentionné, j'ai expliqué de manière plus détaillée dans l'arrêt connexe *Kang-Brown* mon interprétation des règles de droit applicables en l'espèce. Dans cet esprit, les principes juridiques fondamentaux permettant de trancher la présente demande fondée sur l'art. 8 peuvent être résumés comme suit :

(1) Pour déterminer si l'art. 8 s'applique, un accusé doit établir que son attente en matière de vie privée était raisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances. Le droit allégué en matière de vie privée doit être défini en termes généraux et neutres.

(2) Si l'art. 8 s'applique, il faut déterminer si la fouille, la perquisition ou la saisie était raisonnable. La poursuite doit démontrer que la fouille était autorisée par la loi, que la loi elle-même n'avait rien d'abusif et que la fouille n'a pas été effectuée de manière abusive.

(3) Lorsqu'elle invoque les pouvoirs attribués à la police en common law pour justifier la fouille ou la perquisition, la poursuite doit démontrer

pursuit of a lawful duty when they conducted the search, and (b) that the search amounted to a justifiable use of police powers associated with that duty.

(4) The grounds the police must have had for a court to find that a given investigative technique was properly employed will depend on what was reasonably necessary in the circumstances. The standards range from no grounds, to reasonable suspicion, to reasonable grounds to believe that evidence of an offence will be discovered.

[117] It is therefore necessary in the case at bar to determine whether A.M. had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8.

3.2 *Application to This Appeal*

3.2.1 Identifying A.M.'s Alleged Privacy Interest

[118] The central issue in this appeal is whether the use of a sniffer dog amounts to a "search" for the purposes of s. 8 of the *Charter*.

[119] A.M.'s backpack was closed and was in a pile with others in the small gymnasium of St. Patrick's High School when the police officers entered the room with their sniffer dog. It is significant that the odours emanating from the backpack could not be detected by the police using their own senses and that the police necessarily relied on the use of the dog to identify, among the several backpacks in the gymnasium, which, if any, contained controlled substances. The dog's positive indication on sniffing A.M.'s backpack enabled the police to ascertain what was *inside* the backpack with a reasonably high degree of accuracy. Accordingly, I have no difficulty in finding that the use of the dog in this case amounted to a search from an *empirical* perspective. However, what A.M. had to establish was that the use of the dog amounted to a "search" from a *constitutional* perspective such that it implicated a reasonable expectation of privacy that engaged

a) que le policier a agi dans l'exercice d'une fonction légitime lorsqu'il a effectué la fouille, et b) que la fouille équivalait à un exercice justifiable du pouvoir policier lié à cette fonction.

(4) Les motifs que devrait avoir le policier pour que le tribunal conclue qu'une technique d'enquête particulière a été validement utilisée seront fonction de ce qui était raisonnablement nécessaire dans les circonstances. Les normes applicables peuvent aller de l'absence de motifs et des soupçons raisonnables aux motifs raisonnables de croire que la preuve d'une infraction sera découverte.

[117] Il est donc nécessaire en l'espèce de déterminer si A.M. avait, en matière de vie privée, une attente raisonnable qui entraînait l'application de l'art. 8.

3.2 *Application au pourvoi*

3.2.1 Détermination du droit allégué de A.M. en matière de vie privée

[118] La principale question dans le présent pourvoi est de savoir si l'utilisation d'un chien renifleur constitue une « fouille » au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

[119] Lorsque les policiers sont entrés dans le petit gymnase de l'école secondaire St. Patrick's accompagnés de leur chien renifleur, le sac à dos de A.M. était fermé et se trouvait parmi d'autres sacs empilés dans le gymnase. Il est important de souligner que les policiers étaient incapables de détecter par leurs propres sens les odeurs émanant du sac à dos et qu'ils devaient nécessairement avoir recours au chien pour déterminer, le cas échéant, lequel parmi les sacs à dos se trouvant dans le gymnase contenait des substances réglementées. La réaction positive du chien lorsqu'il a reniflé le sac à dos de A.M. a permis aux policiers d'établir avec un degré de fiabilité raisonnablement élevé ce qui se trouvait *à l'intérieur* du sac à dos. Par conséquent, je n'ai aucune peine à conclure que l'utilisation du chien en l'espèce constituait une fouille *au sens empirique* du terme. Cependant, A.M. devait établir que l'utilisation du chien constituait, *au sens*

the protection of s. 8. This is the question I will now consider.

[120] Framed in broad and neutral terms, the alleged privacy interest was in odours imperceptible to humans that emanated from A.M.'s unattended backpack in a school gymnasium.

[121] No *personal* privacy interest as defined in *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67, at para. 23, is in issue in this case, since A.M. was not wearing or carrying his backpack at the time of the alleged search. Indeed, he was not present when the backpack was searched. It would be a different case if A.M. had been wearing the backpack when the police checked it with the sniffer dog. Moreover, the backpack in question is clearly not the type of bag a student would wear on his or her person at all times such that a search of the bag would be tantamount to a search of the person wearing it.

[122] The alleged privacy interest in this case has both an *informational* and a *territorial* component. As in *Kang-Brown*, the odours from A.M.'s backpack might disclose intimate personal details about him, namely his having recently come into contact with a controlled substance either as a drug trafficker, an illegal drug user or a legal drug user (such as a user of medicinal marijuana), or by being in the company of drug users.

[123] The territorial component of the alleged privacy interest in this case is considerably less significant than in *Kang-Brown*. Whereas the search in that case took place in a bus terminal, the one in the case at bar took place in a school. I will discuss these factors in greater detail below in evaluating the reasonableness of A.M.'s expectation of privacy.

constitutionnel, une « fouille » impliquant l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée donnant lieu à l'application de la protection prévue à l'art. 8. C'est la question que je vais maintenant examiner.

[120] En termes généraux et neutres, le droit à la vie privée qui est allégué concerne les odeurs imperceptibles pour les humains et émanant du sac à dos que A.M. avait laissé sans surveillance dans un gymnase d'une école.

[121] En l'espèce, aucun droit *personnel* à la vie privée du genre de celui défini dans *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67, par. 23, n'est en cause puisque A.M. ne portait pas ou ne transportait pas son sac à dos au moment de la fouille alléguée. En fait, il n'était pas présent lors de la fouille du sac à dos. La situation serait différente si A.M. avait porté le sac lorsque les policiers l'ont vérifié à l'aide du chien renifleur. De plus, le sac à dos en question n'est pas un sac du genre de ceux que les élèves portent en tout temps sur eux, auquel cas la fouille du sac aurait équivalu à une fouille de la personne le portant.

[122] Le droit au respect de la vie privée allégué en l'espèce touche à la fois les *renseignements personnels* et le *lieu*. Comme dans *Kang-Brown*, les odeurs émanant du sac à dos de A.M. pouvaient divulguer au sujet de ce dernier des détails personnels intimes, notamment s'il avait été en contact récemment avec une substance réglementée, que ce soit en tant que trafiquant de drogues, en tant que consommateur d'une drogue illicite ou consommateur d'une drogue licite (par exemple, de la marijuana utilisée à des fins médicales), ou s'il s'était trouvé en compagnie de consommateurs de drogues.

[123] L'élément relatif au lieu du droit au respect de la vie privée allégué en l'espèce est beaucoup moins important que dans *Kang-Brown*. Alors que dans cette affaire, la fouille a eu lieu dans une gare d'autobus, en l'espèce, elle s'est déroulée dans une école. J'examinerai ces facteurs plus à fond un peu plus loin en déterminant si l'attente de A.M. en matière de vie privée était raisonnable.

[124] Having identified the alleged privacy interest in this case, I will now consider whether A.M.'s expectation of privacy was reasonable.

3.2.2 Reasonableness of A.M.'s Expectation of Privacy

[125] The principal submission made by the Crown in its appeal in this case is that A.M. did not have a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*.

[126] In my view, both the trial judge and the Court of Appeal erred in failing to consider the threshold issue of whether A.M. had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*. At trial, Hornblower J. did not consider whether a reasonable expectation of privacy was at stake. Rather, he simply assumed that it was. The Court of Appeal did not correct this error of law. Armstrong J.A. simply stated: "I do not find it necessary in this case to decide whether the police activity prior to the search of the backpack constituted a search for s. 8 purposes. In my view, the dog sniff of A.M.'s backpack and the search of the backpack by Constable Callander constituted a search for the purposes of s. 8 of the *Charter*" (para. 45).

[127] It must be determined whether, in light of the totality of the circumstances, including the relevant factors discussed in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45, and *Tessling*, at para. 32, the dog sniff of A.M.'s backpack involved a reasonable expectation of privacy that A.M. had. Neither the trial judge nor the Court of Appeal conducted this analysis. This Court must therefore do so.

[128] The pivotal question in this appeal is whether A.M. had a reasonable expectation of privacy in respect of odours imperceptible to humans that emanated from his unattended backpack in a school gymnasium. This requires consideration of

[124] Après avoir cerné le droit en matière de vie privée allégué dans le cadre du présent pourvoi, je vais maintenant examiner si l'attente de A.M. en matière de vie privée était raisonnable.

3.2.2 Caractère raisonnable de l'attente de A.M. en matière de vie privée

[125] Selon le principal argument que présente le ministère public dans son appel en l'espèce, A.M. n'avait pas d'attente raisonnable en matière de vie privée entraînant l'application de l'art. 8 de la *Charte*.

[126] À mon avis, tant le juge du procès que la Cour d'appel ont commis une erreur en n'examinant pas la question préliminaire, à savoir si A.M. avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui entraînait l'application de l'art. 8 de la *Charte*. Au procès, le juge Hornblower n'a pas examiné si une attente raisonnable en matière de vie privée était en jeu. Il a plutôt simplement supposé que c'était le cas. La Cour d'appel n'a pas corrigé cette erreur de droit. Le juge Armstrong a dit simplement : [TRADUCTION] « Je ne crois pas qu'il soit nécessaire en l'espèce de décider si les activités des policiers antérieures à la fouille du sac à dos constituaient une fouille au sens de l'art. 8. À mon avis, il y a eu fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte* lorsque le chien a reniflé le sac à dos de A.M. et que l'agent Callander a ensuite fouillé le sac » (par. 45).

[127] Il est nécessaire de déterminer si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, y compris les facteurs pertinents examinés dans *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45, et *Tessling*, par. 32, l'utilisation du chien pour renifler le sac à dos de A.M. mettait en cause une attente raisonnable de ce dernier en matière de vie privée. Ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'ont effectué cette analyse. Il est donc nécessaire pour notre Cour de le faire.

[128] La question cruciale dans le cadre du présent pourvoi est de savoir si A.M. avait une attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui concerne les odeurs, imperceptibles pour les humains, qui émanaient du sac à dos laissé sans

whether A.M. had a subjective expectation of privacy and whether his privacy interest was objectively reasonable. In *Kang-Brown*, at para. 140, I identify a non-exhaustive list of factors to aid in this assessment:

(i) the presence of the accused at the time of the alleged search;

(ii) the subject matter of the alleged search:

(a) ownership and historical use of the subject matter;

(b) whether the subject matter was in public view;

(c) whether the subject matter had been abandoned;

(d) where the subject matter is information, whether the information was already in the hands of third parties; if so, was there a duty of confidentiality in relation to it?

(iii) the place where the alleged search occurred:

(a) ownership, possession, control or use of the place where the alleged search took place;

(b) the ability to regulate access, including the right to admit or exclude others from the place;

(c) notification of the possibility of searches being conducted in the place;

(iv) the investigative technique used in the alleged search:

(a) whether the police technique was intrusive in relation to the alleged privacy interest;

(b) whether the information obtained in the alleged search exposed any intimate details of the accused's lifestyle, or information of a biographical nature.

[129] In my view, A.M. did not have a subjective expectation of privacy in the case at bar. Students

surveillance dans un gymnase de l'école. À cette fin, il faut examiner si A.M. avait une attente subjective en matière de vie privée et si son droit au respect de sa vie privée était objectivement raisonnable. Dans *Kang-Brown*, par. 140, j'ai dressé une liste non exhaustive des facteurs permettant d'effectuer cet examen :

(i) la présence de l'accusé au moment de la prétendue fouille ou perquisition;

(ii) l'objet de la prétendue fouille ou perquisition :

a) la propriété et l'usage historique de l'objet;

b) la question de savoir si l'objet était à la vue du public;

c) la question de savoir si l'objet avait été abandonné;

d) dans le cas où l'objet est un renseignement, la question de savoir si des tiers possédaient déjà ce renseignement et, dans l'affirmative, si le renseignement en question était visé par une obligation de confidentialité;

(iii) le lieu où la prétendue fouille ou perquisition a été effectuée :

a) la propriété, la possession, le contrôle ou l'utilisation du lieu où la prétendue fouille ou perquisition a été effectuée;

b) l'habilité à régir l'accès au lieu, y compris le droit d'y laisser entrer ou d'en exclure autrui;

c) la notification de la possibilité que des fouilles ou perquisitions soient effectuées dans ce lieu;

(iv) la technique d'enquête utilisée pour effectuer la prétendue fouille ou perquisition :

a) la question de savoir si la technique policière a porté atteinte au prétendu droit à la vie privée;

b) la question de savoir si le renseignement obtenu lors de la prétendue fouille ou perquisition révélait des détails intimes sur le mode de vie de l'accusé ou des renseignements d'ordre biographique le concernant.

[129] À mon avis, A.M. n'avait en l'espèce aucune attente subjective en matière de vie privée.

and parents were aware of the drug problem and the zero-tolerance drug policy and of the fact that sniffer dogs might be used. Dogs had in fact been used on prior occasions to determine whether narcotics were present at the school. A.M. did not lead any evidence to rebut these facts. Defiance of school policy must not be confused with an expectation of privacy. Of course, school policy must be implemented in a manner consistent with a legitimate expectation of privacy. However, the well-advertised means devised and used by the school reduced A.M.'s subjective expectation of privacy very significantly, as was true of the R.I.D.E. program in issue in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at pp. 28-29.

Les parents et les élèves savaient qu'il existait un problème de drogues, que la politique de tolérance zéro en matière de drogues était en vigueur et que des chiens renifleurs pouvaient être utilisés. Des chiens avaient effectivement été utilisés à quelques reprises pour déterminer s'il y avait des stupéfiants à l'école. A.M. n'a produit aucun élément de preuve pour réfuter ces faits. Le mépris de la politique de l'école ne doit pas être confondu avec une attente en matière de vie privée. Certes, la politique de l'école doit être appliquée de manière à respecter les attentes légitimes en matière de vie privée. Cependant, les moyens qu'a utilisés et fait connaître l'école ont réduit considérablement l'attente subjective de A.M. en matière de vie privée, comme ce fut le cas pour le programme R.I.D.E. en cause dans *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 28-29.

[130] Moreover, there are numerous factors that support a finding that A.M.'s expectation of privacy was not objectively reasonable.

[130] En outre, de nombreux facteurs permettent de conclure que l'attente de A.M. en matière de vie privée n'était pas objectivement raisonnable.

[131] First, the place where the search occurred was a school with a known problem of drug use by students, both on and off school property. In *M. (M.R.)*, which concerned a personal search of a student by a school official, Cory J., writing for the majority, held that a student's reasonable expectation of privacy is significantly diminished while he or she is at school:

[131] Il y a tout d'abord le lieu où la fouille a été effectuée, une école où il existe un problème connu de consommation de drogues par les élèves tant sur le terrain de l'école qu'à l'extérieur. Dans *M. (M.R.)*, où il était question de la fouille corporelle d'un élève par un représentant de la direction de l'école, le juge Cory, s'exprimant au nom de la majorité, a statué que l'attente raisonnable en matière de vie privée d'un élève est sérieusement réduite pendant qu'il se trouve à l'école :

> . . . the reasonable expectation of privacy of a student in attendance at a school is certainly less than it would be in other circumstances. Students know that their teachers and other school authorities are responsible for providing a safe environment and maintaining order and discipline in the school. They must know that this may sometimes require searches of students and their personal effects and the seizure of prohibited items. It would not be reasonable for a student to expect to be free from such searches. A student's reasonable expectation of privacy in the school environment is therefore significantly diminished. [para. 33]

> . . . l'attente raisonnable en matière de vie privée d'un élève à l'école est sûrement moindre que celle qu'il aurait dans d'autres circonstances. Les élèves savent que leurs enseignants et autres autorités scolaires ont la responsabilité de procurer un environnement sûr et de maintenir l'ordre et la discipline dans l'école. Ils doivent savoir que cela peut parfois commander la fouille d'élèves et de leurs effets personnels de même que la saisie d'articles interdits. Un élève ne peut pas raisonnablement s'attendre à être exempté de telles fouilles. L'attente raisonnable en matière de vie privée d'un élève dans l'environnement scolaire est donc sérieusement réduite. [par. 33]

These words by Cory J. are all the more compelling where, as in the instant case involving an

Ce commentaire du juge Cory devient encore plus important lorsqu'il s'agit d'une fouille non

unattended backpack on school property, a non-personal search is in issue. A.M. did not have a right to control access to the school and, unlike in *M. (M.R.)*, the police were there with the permission (and at the request) of the school's principal in furtherance of disciplinary goals being pursued by the school in order to confront a systematic drug problem. The dogs were used to search the premises, not the students. In these circumstances, the objective expectation of privacy in respect of an unattended backpack on this school's property was not only *significantly diminished*, but extremely low.

corporelle, comme c'est le cas en l'espèce où il est question d'un sac à dos laissé sans surveillance dans les locaux d'une école. A.M. n'avait pas le droit de contrôler l'accès à l'école et, contrairement à la situation dans *M. (M.R.)*, les policiers s'y trouvaient avec la permission (et à la demande) du directeur de l'école en vue de faciliter l'atteinte des objectifs en matière disciplinaire de l'école dans sa lutte contre un problème de drogue systématique. Les chiens ont servi à la fouille des locaux et non à celle des élèves. Dans de telles circonstances, l'attente objective en matière de vie privée à l'égard d'un sac à dos laissé sans surveillance dans l'école est non seulement *sérieusement réduite* mais extrêmement faible.

[132] It is notable that there is a clear connection between the school environment, which is tightly controlled, and the search that took place at the school. The provincial *Ontario Schools: Code of Conduct* (2001), established under the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, recognizes that "illegal drugs are addictive and present a health hazard", and calls on Ontario schools to "work cooperatively with police" to address the issue (p. 3). A.M. was subject to school discipline as a result of the drugs that were found in his backpack. Constable Callander testified that the Sarnia police do not go into a school with their sniffer dog unless asked to do so by school authorities (A.R., at p. 78). It is also notable that neither the police nor the school authorities acted on an "educated guess" or a random "hunch" in this case. Rather, the school authorities invited the police in response to what they reasonably viewed as credible concerns expressed by students' parents and neighbours of the school. They relied on cooperation with the police to ensure a safe and secure learning environment for the benefit of all students and staff.

[132] Il convient de souligner qu'il existe un lien clair entre le milieu scolaire, étroitement réglementé, et la fouille qui a eu lieu à l'école. Le *Code de conduite* (2001) de la province, mis en place en application de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, reconnaît que « les drogues illicites créent une dépendance et constituent un danger pour la santé » et demande aux écoles de l'Ontario de « collabor[er] avec la police » pour contrer ce problème (p. 3). L'école a pris des mesures disciplinaires contre A.M. parce que des drogues ont été trouvées dans son sac à dos. L'agent Callander a déclaré que les policiers de Sarnia ne se présentent pas dans une école avec leur chien renifleur sans y avoir été invités par la direction de l'école (d.a., p. 78). Il convient également de souligner qu'en l'espèce, ni les policiers ni la direction de l'école n'ont agi sur le fondement d'une simple « supposition fondée sur leur expérience » ou d'une « intuition ». Au contraire, la direction de l'école a invité les policiers pour donner suite à ce qu'elle a estimé être, à juste titre, des inquiétudes valables exprimées par des parents d'élèves et des voisins de l'école. Les responsables de l'école ont compté en l'espèce sur la collaboration de la police pour garantir aux élèves et au personnel un milieu sûr et favorable à l'apprentissage.

[133] Owing to the drug problem in this school, it was critical that the school authorities take enhanced control measures. The well-publicized zero-tolerance policy and the measures taken in

[133] En raison du problème de drogues qui existait dans cette école, il était essentiel que la direction prenne des mesures de contrôle plus serrées. La grande publicité dont a fait l'objet la politique de

the past to enforce that policy call to mind Le Dain J.'s comment in *Dedman* (at p. 36) that the psychological effects of random vehicle stops under the R.I.D.E. program, which were carried out to detect impaired motorists, tended "to be minimized by the well-publicized nature of the program, which is a necessary feature of its deterrent purpose".

[134] A.M., and all the school's other students and its staff, benefited from an environment that was substantially free from illegal drugs and the ills that they bring. In this respect, the situation in a school, where the environment is controlled for the benefit of those who attend it, is analogous to — albeit distinct from — that of a courthouse, where one has a very low expectation of privacy in respect of one's belongings: see *R. v. Campanella* (2005), 75 O.R. (3d) 342 (C.A.), at paras. 17, 19, 20 and 24.

[135] The controlled environment of a school's property is also analogous to the customs context. In *Simmons*, Dickson C.J. held that the degree of personal privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations, both because the state has an important interest in enforcing customs laws in the interest of public safety and because individuals have a significantly reduced expectation of privacy. According to Chief Justice Dickson:

> People do not expect to be able to cross international borders free from scrutiny. It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries. For the general welfare of the nation the state is expected to perform this role. Without the ability to establish that all persons who seek to cross its borders and their goods are legally entitled to enter the country, the state would be precluded from performing this crucially important function. Consequently, travellers seeking to cross national boundaries fully expect to be subject to a screening process. [Emphasis added; p. 528.]

tolérance zéro et les mesures prises dans le passé pour la faire appliquer nous rappellent le commentaire du juge Le Dain, dans *Dedman* (p. 36), selon lequel « la grande publicité donnée à la nature du programme » R.I.D.E. visant à intercepter les véhicules au hasard afin de détecter les conducteurs dont les facultés sont affaiblies avait tendance « à minimiser [. . .] [les effets psychologiques du programme] en plus d'être un aspect nécessaire de son caractère dissuasif ».

[134] A.M. ainsi que tous les autres élèves et le personnel enseignant de l'école ont bénéficié d'un milieu où ils sont dans une large mesure à l'abri des drogues illicites et des problèmes qu'elles entraînent. À cet égard, la situation dans une école, qui constitue un milieu réglementé pour le bénéfice de ceux qui la fréquentent, se compare — tout en s'en distinguant — à celle que l'on trouve dans un palais de justice, où les attentes en matière de vie privée qu'a une personne à l'égard de ses effets personnels sont très faibles : voir *R. c. Campanella* (2005), 75 O.R. (3d) 342 (C.A.), par. 17, 19, 20 et 24.

[135] Le milieu contrôlé que l'on trouve dans l'enceinte d'une école peut également se comparer au contexte douanier. Dans *Simmons*, le juge en chef Dickson a affirmé que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations, parce que l'État a tout intérêt à faire appliquer les lois sur les douanes dans l'intérêt de la sécurité du public et parce que les attentes des gens en matière de vie privée sont bien moindres. Selon le juge en chef Dickson :

> [L]es gens ne s'attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l'objet d'une vérification. Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire. On s'attend à ce que l'État joue ce rôle pour le bien-être général de la nation. Or, s'il était incapable d'établir que tous ceux qui cherchent à traverser ses frontières ainsi que leurs effets peuvent légalement pénétrer dans son territoire, l'État ne pourrait pas remplir cette fonction éminemment importante. Conséquemment, les voyageurs qui cherchent à traverser des frontières internationales s'attendent parfaitement à faire l'objet d'un processus d'examen. [Je souligne; p. 528.]

[136] Likewise, schools are expected to ensure the safety of their students and staff. Students fully expect that school authorities will perform this crucially important function. In the instant case, the reasonable expectation of privacy of the school's students was even lower in light of the school's well-publicized zero-tolerance policy and the means employed in the past to enforce it. As Dickson C.J. noted in *Simmons* (at p. 526), this contextual approach to determining reasonableness under s. 8 was established in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, where Dickson J. (as he then was) had held, at pp. 159-60:

> The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

[137] A second factor that supports a finding that A.M.'s expectation of privacy was not objectively reasonable is the fact that he was not present at the time of the search. I would add that since there were no students in the school gymnasium at the time of the search, there was no risk that the dog, on sniffing a backpack worn by a student, might make a false positive indication leading to a — more intrusive — personal search of the student.

[138] A third factor is the fact that A.M.'s backpack was left not only unattended, but also in plain view. While there is no indication that the backpack was abandoned, the use of a sniffer dog to check an unattended bag left in plain view is less intrusive than the use of one to check a bag that is

[136] On demande également aux écoles d'assurer la sécurité de leurs élèves et de leurs employés. Les élèves s'attendent parfaitement à ce que les autorités scolaires s'acquitteront de cette fonction primordiale. En l'espèce, les attentes raisonnables en matière de vie privée des élèves de l'école étaient même encore moindres puisqu'ils connaissaient bien la politique de tolérance zéro en place à l'école et les moyens employés dans le passé pour faire respecter cette politique. Comme le juge en chef Dickson l'a fait remarquer dans *Simmons* (p. 526), la méthode contextuelle permettant de déterminer le caractère raisonnable d'une fouille au sens de l'art. 8 a été établie dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, dans lequel le juge Dickson (alors juge puîné) a affirmé ce qui suit aux p. 159-160 :

> La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

[137] Un deuxième facteur qui me permet de conclure que l'attente de A.M. en matière de vie privée n'était pas objectivement raisonnable est le fait qu'il n'était pas présent au moment de la fouille. J'ajouterai qu'étant donné qu'aucun des élèves ne se trouvait dans le gymnase de l'école au moment de la fouille, il n'y avait aucun risque qu'une réaction positive erronée du chien renifleur devant un sac à dos porté par un élève puisse entraîner une fouille corporelle — plus envahissante — de l'élève.

[138] Le fait que le sac à dos de A.M. a non seulement été laissé sans surveillance, mais qu'il était placé bien en vue constitue un troisième facteur. Rien n'indique que le sac à dos ait été abandonné; néanmoins, l'utilisation d'un chien renifleur lorsqu'un sac laissé sans surveillance est placé bien

either worn or carried by an individual, or is placed in a locked compartment out of plain view.

[139] A fourth factor is the fact that the investigative technique was relatively non-intrusive. While it is true that the dog was able to detect the presence of drugs in A.M.'s backpack, it was able to do so without the backpack being opened. Moreover, the dog was trained only to detect drugs and find humans. It could not therefore convey any information other than that there were drugs present. Thus, the use of a sniffer dog in these circumstances was a less intrusive investigative technique than simply opening A.M.'s backpack without a prior positive indication by the dog.

[140] The use of a sniffer dog as an investigative technique did not intrude unreasonably on A.M.'s privacy interest, since his informational privacy interest was extremely limited in the school environment. Therefore, in my view, in light of the totality of the circumstances, A.M. did not have a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8.

3.2.3 Reasonableness of the Search

[141] Since I am of the view that A.M. did not have a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*, it is not necessary to determine whether the search was reasonable.

[142] Furthermore, since A.M. did not have a reasonable expectation of privacy in respect of his backpack that was sufficient to engage s. 8 of the *Charter*, and since the police were lawfully present at the school with the principal's permission and were acting in pursuit of their duty to investigate and prevent crime, no individualized grounds were required for the police to employ their sniffer dog as they did in this case.

en vue constitue une procédure moins envahissante que lorsqu'on y a recours pour un sac qui est soit porté ou transporté par une personne, soit gardé à l'abri des regards dans un casier verrouillé.

[139] Le fait que la technique d'enquête utilisée était relativement peu envahissante constitue un quatrième facteur. Il est vrai que le chien a été en mesure de détecter la présence de drogues à l'intérieur du sac à dos de A.M., mais il a pu le faire sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir le sac à dos. De plus, le chien était dressé uniquement pour détecter des drogues et chercher des personnes. Il ne pouvait donc transmettre d'autres informations que la présence de drogues. Ainsi, l'utilisation d'un chien renifleur dans les circonstances constituait une technique d'enquête moins envahissante que ne l'aurait été l'ouverture du sac à dos de A.M. sans qu'un chien renifleur n'ait auparavant réagi positivement à la présence de drogues.

[140] L'utilisation d'un chien renifleur comme technique d'enquête ne constituait pas une atteinte déraisonnable au droit de A.M. au respect de sa vie privée étant donné que son droit au respect des renseignements personnels le concernant était très limité à l'école. J'estime par conséquent, compte tenu de l'ensemble des circonstances, que A.M. n'avait pas une attente raisonnable en matière de vie privée entraînant l'application de l'art. 8.

3.2.3 Caractère raisonnable de la fouille

[141] Puisque je suis d'avis que A.M. n'avait pas une attente raisonnable en matière de vie privée entraînant l'application de l'art. 8 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de déterminer si la fouille était raisonnable.

[142] De plus, puisque A.M. n'avait pas à l'égard de son sac à dos une attente raisonnable en matière de vie privée justifiant l'application de l'art. 8 de la *Charte*, et puisque les policiers se trouvaient légitimement à l'école avec la permission du directeur, et qu'ils avaient l'obligation d'enquêter sur les crimes et de les prévenir, les policiers n'avaient besoin d'aucun motif visant une personne en particulier pour avoir recours à leur chien renifleur comme ils l'ont fait en l'espèce.

3.2.4 Additional Comments

[143] I have had the benefit of reading the reasons of Binnie J., which invite the following comments.

[144] At para. 86 of his reasons, Binnie J. notes that no evidence as to the accuracy of sniffer dogs was adduced in the instant case. He proceeds to impugn the accuracy of sniffer dogs generally, by drawing on data gathered by the New South Wales Ombudsman, *Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act 2001* (2006), concluding at para. 87: "In the sniffer-dog business, there are many variables." With respect, this foray into the accuracy of the dog used in this case is unwarranted. The trial proceeded on the basis that sniffer dogs are generally accurate. This general accuracy was established both as an explanation for their widespread use and as a basis for the argument that they should be accepted as a proper investigative tool. This Court must confine its disposition of the instant case to the facts that were adduced and accepted at trial. It is not proper for the Court to consider the inaccuracy of sniffer dogs *ex proprio motu* and, in so doing, to make an assumption that the dog used might have been improperly trained.

3.2.5 Section 24(2)

[145] It is not necessary to consider excluding the evidence under s. 24(2) of the *Charter* since no infringement of a *Charter* right has been established.

4. Conclusion

[146] Schools are places of education, but will that education consist of enlightenment for the betterment both of students and of our free and democratic society, or will schools become places where students become ensnared by drugs, gangs, violence and anti-social behaviour? It is crucial to recognize that the presence of drugs in a school cannot reasonably be dissociated from the physical violence that attends the trafficking, purchase and use

3.2.4 Commentaires additionnels

[143] J'ai eu l'occasion de lire les motifs du juge Binnie. Je désire ajouter les commentaires suivants.

[144] Au paragraphe 86 de ses motifs, le juge Binnie fait remarquer qu'aucune preuve de la fiabilité des chiens renifleurs n'a été fournie en l'espèce. Il met ensuite en doute la fiabilité de ces chiens en général et s'appuie sur les données recueillies par l'ombudsman de la Nouvelle-Galles-du-Sud, *Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act 2001* (2006), et conclut comme suit au par. 87 : « [l]'utilisation de chiens renifleurs comporte de nombreuses variables. » Avec égards, cette incursion dans la fiabilité du chien utilisé en l'espèce n'est pas justifiée. Au procès, on a considéré que les chiens renifleurs sont en général fiables. Cette fiabilité a été reconnue tant pour expliquer leur utilisation très répandue que parce qu'elle appuie l'argument selon lequel l'utilisation de ces chiens devrait être acceptée comme outil d'enquête valable. Cette Cour doit confiner sa décision en l'espèce aux faits présentés et acceptés au procès. Il n'est pas opportun que notre Cour tienne compte de son propre chef du manque de fiabilité des chiens renifleurs et, ce faisant, qu'elle suppose que le chien utilisé aurait été mal dressé.

3.2.5 Paragraphe 24(2)

[145] Il est inutile d'examiner s'il y a lieu d'écarter les éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte* puisque aucune violation d'un droit garanti par la *Charte* n'a été démontrée.

4. Conclusion

[146] Les écoles sont des lieux d'enseignement, mais cet enseignement permettra-t-il aux élèves d'améliorer leur sort et celui de notre société libre et démocratique, ou les écoles deviendront-elles des endroits où les élèves se retrouveront pris au piège de la drogue, des gangs, de la violence et d'autres comportements antisociaux? Il est crucial de reconnaître que l'on ne peut pas raisonnablement dissocier le phénomène des drogues à l'école

of drugs. Our criminal law, education legislation and school board policies recognize that students are particularly vulnerable to the dangers posed by illegal drugs, dangers which are so immediate and grave as to be indissociable from the social risks posed by, for example, weapons. The introduction of drugs into a school is tantamount to the introduction of a toxic substance into an otherwise safe environment. Not only are drugs literally, and directly, toxic, but they are indirectly toxic as well in light of the harm and violence that attend the production, trafficking and consumption of drugs. Since drugs are readily concealed and since their odours are often imperceptible to humans, school officials are essentially powerless to confront the possession and trafficking of drugs in these institutions of learning without the assistance of the police using well-trained sniffer dogs.

du problème de la violence physique qui va de pair avec le trafic, l'achat et la consommation de drogues. Notre droit criminel, les lois sur l'éducation et les politiques des conseils scolaires reconnaissent que les élèves sont particulièrement vulnérables aux dangers des drogues illicites, des dangers immédiats si directs et si graves qu'on ne saurait les dissocier des risques que représentent, par exemple, les armes pour la société. Introduire les drogues à l'école équivaut à introduire une substance toxique dans un milieu par ailleurs sécuritaire. Les drogues ne sont pas seulement littéralement et directement toxiques, elles sont également indirectement toxiques si l'on considère le mal et la violence qui vont de pair avec la production, le trafic et la consommation des drogues. Comme ces drogues sont faciles à dissimuler et que, souvent, elles ne dégagent aucune odeur susceptible d'être détectée par l'odorat humain, les autorités scolaires sont tout à fait impuissantes à lutter contre la possession et le trafic de drogues dans ces établissements d'enseignement sans l'aide de policiers et de chiens renifleurs bien dressés.

[147] Drugs had infiltrated St. Patrick's High School. A zero-tolerance policy for drugs was in effect, and parents and students alike had been informed that the policy existed and that it would be enforced by using sniffer dogs. On the day in question, as on other occasions, the police went to the school and, with the permission of the principal, used their dog to check A.M.'s unattended backpack in the school's gymnasium. Only after the dog gave a positive indication of the presence of a controlled substance did the police open the unidentified backpack and find drugs inside, together with A.M.'s identification. In light of these circumstances, A.M. did not establish a reasonable expectation of privacy that would preclude the use of the sniffer dog.

[147] Les drogues étaient très répandues à l'école secondaire St. Patrick's. Une politique de tolérance zéro en matière de drogues y était appliquée; les parents et les élèves avaient été informés de l'existence de cette politique et savaient qu'elle serait mise en application à l'aide de chiens renifleurs. Le jour en question, comme à d'autres occasions, les policiers se sont présentés à l'école et, avec la permission du directeur de l'école, ils ont utilisé leur chien pour vérifier le sac à dos que A.M. avait laissé sans surveillance dans le gymnase de l'école. Ce n'est qu'une fois que le chien renifleur eut réagi positivement à la présence d'une substance désignée que les policiers ont ouvert le sac à dos non identifié et y ont trouvé des drogues ainsi qu'une pièce d'identité de A.M. Dans les circonstances, A.M. n'a pas établi l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée qui empêcherait l'utilisation d'un chien renifleur.

[148] This case demonstrates the importance of answering the threshold question whether an accused had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter* before prematurely

[148] La présente affaire démontre l'importance de trancher la question préliminaire de savoir si un accusé avait en matière de vie privée une attente raisonnable qui entraînait l'application de l'art. 8 de la

subjecting the investigative technique employed by the police to a full s. 8 analysis. In my view, the privacy interest affected by the use in this case of a sniffer dog to check A.M.'s unattended backpack in a school gymnasium where there were no students was so extremely low that it did not engage s. 8 of the *Charter.*

[149] Because I have found that A.M. did not have a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*, I would allow the appeal and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

[150] BASTARACHE J. (dissenting) — A.M. has been charged with possession of psilocybin (magic mushrooms) and possession of cannabis marijuana for the purpose of trafficking. Police discovered the drugs in A.M.'s backpack after the bag was sniffed by a police dog trained in drug identification. The search took place at St. Patrick's High School, where A.M. was a student. The central issue raised by this appeal is whether the dog sniff constituted a reasonable search under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if not, whether the evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2).

[151] The reasons which follow form an application of the principles I have outlined in the accompanying case of *R. v. Kang-Brown*, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18. In *Kang-Brown*, I emphasized the important role sniffer dogs can play in the prevention and deterrence of crime and found that the use of these dogs is appropriate, under certain conditions, where police have a reasonable suspicion about the presence of illicit substances. In some instances, this suspicion will attach to a particular individual, as was demonstrated in *Kang-Brown* itself. In other situations, however, police will have a reasonable suspicion that attaches to a particular activity or location rather than to a specific person. This generalized suspicion will form a sufficient

Charte avant de soumettre prématurément la technique d'enquête utilisée par la police à une analyse complète au regard de l'art. 8. À mon avis, le droit au respect de la vie privée que touchait l'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le cas du sac à dos de A.M. laissé sans surveillance dans un gymnase d'école où ne se trouvait aucun élève était si infime qu'il n'entraînait pas, dans les circonstances de l'espèce, l'application de l'art. 8 de la *Charte.*

[149] Ayant conclu que A.M. n'avait pas une attente raisonnable en matière de vie privée entraînant l'application de l'art. 8 de la *Charte*, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

[150] LE JUGE BASTARACHE (dissident) — A.M. a été accusé de possession de psilocybine (champignons magiques) et de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic. Les policiers ont découvert les drogues dans le sac à dos de A.M. après qu'un chien policier dressé pour détecter la présence de drogues l'eut reniflé. La fouille a eu lieu à l'école secondaire St. Patrick's que fréquentait A.M. Dans le présent pourvoi, il s'agit principalement de déterminer si l'utilisation d'un chien renifleur constituait une fouille raisonnable au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans la négative, si les éléments de preuve devraient être écartés en application du par. 24(2).

[151] Dans les motifs qui suivent, j'applique les principes que j'ai exposés dans l'arrêt connexe *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18. Dans cet arrêt, j'ai insisté sur le rôle important que peuvent jouer les chiens renifleurs dans la prévention du crime et la dissuasion des criminels, et j'ai conclu que le recours à ces chiens est approprié, sous réserve de certaines conditions, lorsque la police a des motifs raisonnables de soupçonner la présence de substances illicites. Dans certains cas, ces soupçons viseront une personne en particulier, ainsi qu'il a été démontré dans *Kang-Brown.* Dans d'autres cas, toutefois, la police aura des soupçons raisonnables non pas au sujet d'une personne bien précise mais plutôt au sujet d'un lieu ou d'une

basis to justify random searches of bags or luggage in some circumstances. Absent Parliamentary direction on when generalized reasonable suspicion will be sufficient to allow the use of sniffer dogs, the courts must make this determination on a case-by-case basis by balancing the importance of protecting the privacy interests of individuals with the public interest in preventing and investigating criminal activity.

[152] In my view, using sniffer dogs to perform a random search for drugs at a high school can be justified on the basis of a reasonable generalized suspicion. Schools are unique environments in which crime prevention has a heightened importance, and the need to protect children from the dissemination of drugs must be taken into account when the requisite balancing is performed. This does not mean, however, that police may enter a school and conduct a search whenever they please on the basis that drugs *may* be found there on any given day. Reasonable suspicion requires more than a mere hunch. Further, the suspicion must be temporally related to the search — police are unable to justify the random use of sniffer dogs by relying on a suspicion which existed many months in the past.

[153] In this case, the use of the dog sniff was not based on a current, reasonable suspicion. As a result, the search was unreasonable for the purposes of s. 8 of the *Charter*. The evidence found in A.M.'s backpack, however, ought nonetheless have been admissible at trial. Section 24(2) of the *Charter* requires that evidence is only excluded when its admission would bring the administration of justice into disrepute, and admission in this case would not have that effect. As a result, I would have allowed the appeal on the limited basis that the evidence against A.M. ought to have been admitted at trial notwithstanding the breach of his s. 8 rights.

activité en particulier. Dans certaines circonstances, ces soupçons généraux pourront justifier les fouilles au hasard de sacs ou de bagages. En l'absence de directives claires du législateur quant aux soupçons raisonnables qui justifieront le recours à des chiens renifleurs, les tribunaux doivent trancher cette question au cas par cas en mettant en balance l'importance de protéger le droit des individus au respect de leur vie privée et l'intérêt public que servent la prévention du crime et les enquêtes sur les activités criminelles.

[152] À mon avis, l'utilisation de chiens renifleurs lors d'une fouille effectuée au hasard dans une école secondaire peut se justifier par l'existence de soupçons généraux raisonnables. Les écoles constituent un milieu particulier où la prévention du crime prend une plus grande importance et où il convient, lorsque l'équilibre requis est assuré, de tenir compte de la nécessité de protéger les enfants contre la propagation de la drogue. Cela ne signifie toutefois pas que les policiers peuvent, quand cela leur convient, entrer dans une école et y effectuer une fouille ou une perquisition au motif que l'on *peut* y trouver de la drogue n'importe quand. Les soupçons raisonnables exigent plus qu'une simple intuition. En outre, il doit exister un lien temporel entre les soupçons et la fouille — les policiers ne peuvent pas justifier le recours aléatoire à des chiens renifleurs en invoquant des soupçons qui existaient il y a déjà plusieurs mois.

[153] En l'espèce, l'utilisation du chien renifleur ne s'appuyait pas sur des soupçons raisonnables et actuels. Par conséquent, la fouille était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Toutefois, les éléments de preuve découverts dans le sac à dos de A.M. auraient néanmoins dû être admis en preuve au procès. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* prévoit que des éléments de preuve ne seront écartés que dans les cas où leur admission est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice; leur admission en l'espèce n'aurait pas un tel effet. Par conséquent, je suis d'avis que le pourvoi doit être accueilli pour l'unique motif que les éléments de preuve contre A.M. auraient dû être admis en preuve au procès malgré la violation des droits qui lui sont garantis par l'art. 8.

I. Facts

[154] The essential facts of this case can be briefly summarized. On November 7, 2002, the police arrived at St. Patrick's High School and asked for permission to search the school for drugs. The principal, Mr. Bristo, agreed to the search, and students were directed to remain in their classrooms while the police used a sniffer dog to search three classrooms and several lockers in the hallway. Mr. Bristo then indicated to the police that they should search the gymnasium, where a number of student school bags were lined up against a wall. The police dog, Chief, sniffed the bags and indicated the presence of drugs in one of them. That bag was then searched by a police officer who found it to contain several bags of marijuana, ten magic mushrooms, and other drug paraphernalia. Identification indicating that the backpack belonged to A.M. was also found and he was subsequently arrested and charged.

[155] St. Patrick's has a zero-tolerance policy with regards to possession of drugs and use of drugs in the school. Parents and students are made aware of this policy and are informed that the school may access the services of police dogs if they are available. Mr. Bristo became principal of the school in September 2000 and at that time he contacted the police and gave them a "standing invitation" to conduct searches at the school whenever resources made it feasible to do so. Mr. Bristo testified that although he had in the past received reports from neighbours and parents about drug activity in and around the school, he had "no knowledge" that there might be drugs within the school on the date the search was performed. It was, however, "pretty safe to assume that they could be there".

I. Faits

[154] Les faits essentiels de la présente affaire peuvent être résumés brièvement. Le 7 novembre 2002, des policiers sont arrivés à l'école secondaire St. Patrick's et ont demandé la permission de procéder à une fouille dans l'école pour déterminer s'il s'y trouvait de la drogue. Le directeur, M. Bristo, a consenti à la fouille et a ordonné aux élèves de demeurer dans leurs classes pendant que les policiers effectuaient, à l'aide d'un chien renifleur, la fouille de trois classes et de plusieurs casiers dans les corridors. M. Bristo a ensuite dit aux policiers qu'ils devraient fouiller le gymnase où se trouvaient plusieurs sacs d'école alignés contre un mur. Le chien policier, Chief, a reniflé les sacs et a signalé la présence de drogues dans l'un de ceux-ci. Un policier a ensuite fouillé ce sac et y a trouvé plusieurs sachets contenant de la marijuana, dix champignons magiques ainsi que des accessoires servant à la consommation de drogues. Il a également trouvé une pièce d'identité indiquant que le sac appartenait à A.M, qui a par la suite été arrêté et inculpé.

[155] L'école St. Patrick's applique une politique de tolérance zéro en matière de possession et de consommation de drogues à l'école. Les parents et les élèves sont mis au courant de cette politique et ils sont également informés que l'école peut avoir recours à des chiens policiers s'ils sont disponibles. M. Bristo est devenu directeur de l'école en septembre 2000; il a alors communiqué avec la police pour leur donner une « invitation permanente » à venir effectuer des fouilles à l'école chaque fois que les ressources disponibles le permettaient. Lors de son témoignage, M. Bristo a déclaré que, même si des parents et des voisins de l'école lui avaient signalé dans le passé que des activités liées à la drogue se déroulaient dans l'école et aux abords de celle-ci, il ne possédait [TRADUCTION] « aucun élément d'information » au sujet de la présence éventuelle de drogues dans l'école le jour même de la fouille. On pouvait cependant [TRADUCTION] « supposer sans risque d'erreur qu'il pourrait y en avoir ».

II. Analysis

A) *Reasonable Expectation of Privacy*

[156] A police activity is only considered a search for the purposes of s. 8 of the *Charter* if it invades a reasonable expectation of privacy (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 11). This expectation can vary with the "nature of the matter sought to be protected, the circumstances in which and the place where state intrusion occurs, and the purposes of the intrusion" (*R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 53), and must be evaluated in light of the "totality of the circumstances" (*R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128).

[157] In my view, A.M. had a reasonable, but limited, expectation of privacy in his backpack at the time the dog sniff occurred. Student backpacks frequently contain many personal items and I am prepared to find that A.M., like other high school students, had a subjective expectation that the contents of his bag were private. As I noted in *Kang-Brown*, it is relevant from an objective perspective that the odour identified by the dog sniff was not accessible to humans and that its detection provided immediate information about the *contents* of the backpack. The sniff thus revealed a "biographical core of personal information" about A.M. and his personal choices that would otherwise have been kept secret from the state.

[158] In addition, I find that the fact that A.M. was not carrying his backpack at the time the search occurred did not remove his reasonable expectation of privacy in its contents. An individual is not required to be physically in possession of an object in order for a reasonable expectation of privacy to be found (*R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, and *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10), and there is no indication in this case that A.M.'s backpack was in any way abandoned. To the contrary, the evidence suggests that A.M. and his classmates were likely *required* by school officials

II. Analyse

A) *Attente raisonnable en matière de vie privée*

[156] Les activités de la police ne sont considérées comme une fouille ou une perquisition au sens de l'art. 8 de la *Charte* que si elles frustrent une attente raisonnable en matière de vie privée (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 11). Cette attente peut varier selon la « nature de ce qu'on veut protéger, les circonstances de l'ingérence de l'État et l'endroit où celle-ci se produit, et selon les buts de l'ingérence » (*R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 53); de plus, l'attente doit être évaluée à la lumière de « l'ensemble des circonstances » (*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128).

[157] À mon avis, A.M. avait une attente raisonnable, quoique limitée, en matière de vie privée à l'égard de son sac à dos lorsque le chien l'a reniflé. Les sacs à dos des élèves contiennent souvent de nombreux articles personnels et je suis disposé à conclure que A.M., comme les autres élèves qui fréquentent une école secondaire, s'attendait subjectivement à ce que le contenu de son sac soit privé. Ainsi que je l'ai mentionné dans *Kang-Brown*, il est important de souligner, d'un point de vue objectif, que l'odeur qu'a détectée le chien ne pouvait pas être détectée par les humains et que sa détection a fourni des informations directes sur le *contenu* du sac à dos. En reniflant le sac, le chien a donc révélé au sujet de A.M. et de ses choix personnels des « renseignements personnels d'ordre biographique » auxquels l'État n'aurait pu autrement avoir accès.

[158] Par ailleurs, j'estime que l'attente raisonnable de A.M. quant au respect de sa vie privée concernant le contenu de son sac à dos n'a pas disparu parce que A.M. ne portait pas son sac au moment où la fouille a été effectuée. Il n'est pas nécessaire qu'une personne ait la possession physique d'un objet pour qu'il soit possible de conclure à l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée (*R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, et *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10); et rien n'indique en l'espèce que A.M. avait abandonné son sac à dos. Au contraire,

to leave their bags unattended in the gym at the time the search began: "there was a class . . . being conducted in that area when all of [the search] was announced. But the students were not in the gym [at the time of the search] as I recall. Where they had been directed to, I can't testify to firmly" (A.R., at p. 65 (emphasis added)). Regardless of where A.M. and his classmates were directed to after the search was announced, it is in my view clear that these students had not abandoned their backpacks by leaving them in the gym that day. Further, I believe that a high school student who, like his classmates, leaves his bag unattended during gym class continues to have a reasonable expectation of privacy in its contents. As a result, both a subjective and objective expectation of privacy have been established.

il ressort de la preuve que les responsables de l'école ont vraisemblablement *obligé* A.M. et ses camarades de classe à laisser leurs sacs sans surveillance dans le gymnase au moment où la fouille a commencé : [TRADUCTION] « un cours se déroulait à cet endroit lorsque tout cela [la fouille] a été annoncé. Mais, d'après ce que je me rappelle, les élèves n'étaient pas dans le gymnase [au moment de la fouille]. Je ne peux pas dire avec certitude où on leur avait dit de se rendre » (d.a., p. 65 (je souligne)). Peu importe l'endroit où l'on a ordonné à A.M. et à ses camarades de classe de se rendre après que la fouille eut été annoncée, il est clair selon moi que ces élèves n'avaient pas abandonné leurs sacs à dos en les laissant dans le gymnase ce jour-là. De plus, je considère que l'élève d'une école secondaire qui, comme ses camarades de classe, laisse son sac sans surveillance continue d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard du contenu de son sac. Par conséquent, l'existence d'une attente à la fois objective et subjective en matière de vie privée a été établie.

[159] A.M.'s reasonable expectation of privacy is, however, diminished by the fact that this dog sniff occurred at the school. Schools are highly regulated environments where the threat of dangerous weapons and illicit drugs must be taken very seriously by school officials charged with maintaining an effective and safe learning environment. Students are aware of the importance both society at large and school administrators place on the school environment, and have a diminished expectation of privacy as a result. This diminished expectation was emphasized by this Court in *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393:

[159] L'attente raisonnable de A.M. en matière de vie privée est cependant réduite parce que la fouille à l'aide du chien renifleur s'est déroulée à l'école. Les écoles sont des milieux très réglementés où la menace que posent les armes dangereuses et les drogues illicites doit être prise très au sérieux par les autorités scolaires qui ont la responsabilité de maintenir un milieu d'apprentissage efficace et sûr. Les élèves sont conscients de l'importance que la société en général et les administrateurs scolaires accordent au milieu scolaire et ils ont en conséquence une attente réduite en matière de vie privée. Notre Cour a bien souligné l'existence de cette attente réduite dans *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393 :

. . . the reasonable expectation of privacy of a student in attendance at a school is certainly less than it would be in other circumstances. Students know that their teachers and other school authorities are responsible for providing a safe environment and maintaining order and discipline in the school. They must know that this may sometimes require searches of students and their personal effects and the seizure of prohibited items. It would not be reasonable for a student to expect to be free from such searches. A student's reasonable expectation

. . . l'attente raisonnable en matière de vie privée d'un élève à l'école est sûrement moindre que celle qu'il aurait dans d'autres circonstances. Les élèves savent que leurs enseignants et autres autorités scolaires ont la responsabilité de procurer un environnement sûr et de maintenir l'ordre et la discipline dans l'école. Ils doivent savoir que cela peut parfois commander la fouille d'élèves et de leurs effets personnels de même que la saisie d'articles interdits. Un élève ne peut pas raisonnablement s'attendre à être exempté de telles fouilles.

of privacy in the school environment is therefore significantly diminished. [para. 33]

[160] My conclusion is thus that although A.M. had a reasonable expectation of privacy in his backpack, this expectation was significantly diminished as a result of the fact that this search occurred at a school. Privacy interests do not need to be of the highest form to attract s. 8 protection (*Buhay*, at para. 22), but the degree of the interest will be taken into account in the remainder of the analysis (*M. (M.R.)*, at para. 34).

B) *Reasonable Search Authorized by Common Law*

(1) Lawful Police Duty

[161] The police were issued an open invitation to attend St. Patrick's High School to search for drugs anytime they had resources available to do so. The search conducted on November 7, 2002 was an attempt to identify individuals carrying illegal drugs in order to ensure the continued safety of the school environment, and this activity thus falls within the police powers to preserve the peace and prevent crime (*Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at p. 32; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, at para. 26).

(2) Nature of the Search

[162] In *Kang-Brown*, I identified numerous features which make searches of bags using sniffer dogs minimally intrusive on an individual's reasonable expectation of privacy. These include the fact that these searches are expedient and therefore create minimal inconvenience for the individual; the fact that the only information revealed by the dog sniff is the presence or absence of drugs; and the fact that the presence of drugs can be signalled in a completely non-threatening manner. In this case, it is also significant that A.M. was not even present when the search occurred and that there was therefore absolutely no interference with his

L'attente raisonnable en matière de vie privée d'un élève dans l'environnement scolaire est donc sérieusement réduite. [par. 33]

[160] Je conclus donc que, même si A.M. avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de son sac à dos, cette attente était sérieusement réduite parce que la fouille a été effectuée dans une école. Il n'est pas nécessaire que le droit à la vie privée soit du plus haut degré pour que la garantie de l'art. 8 s'applique (*Buhay*, par. 22); toutefois, l'étendue du droit sera prise en considération dans le reste de l'analyse (*M. (M.R.)*, par. 34).

B) *Fouille raisonnable autorisée par la common law*

(1) Obligation légale des policiers

[161] Les policiers ont reçu une invitation générale leur permettant de se présenter n'importe quand à l'école secondaire St. Patrick's pour y chercher de la drogue quand ils avaient les ressources nécessaires à leur disposition. La fouille effectuée le 7 novembre 2002 avait pour but d'identifier les personnes qui avaient en leur possession des drogues illicites afin de préserver la sécurité à l'école; cette mesure fait donc partie des pouvoirs attribués à la police pour assurer le maintien de la paix et la prévention du crime (*Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 32; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52, par. 26).

(2) Nature de la fouille

[162] Dans *Kang-Brown*, j'ai précisé de nombreuses caractéristiques qui font en sorte que la fouille de sacs effectuée à l'aide de chiens renifleurs constitue une atteinte minimale à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. Il s'agit notamment du fait que la fouille est effectuée rapidement et ne cause donc pas trop d'inconvénients à la personne, le fait que la seule information que transmet le chien renifleur est la présence ou l'absence de drogues, et le fait que la présence de drogues peut être signalée d'une manière qui n'a absolument rien de menaçant. En l'espèce, il est également important de mentionner que A.M. n'était même pas

bodily integrity and no creation of an embarrassing or humiliating encounter.

C) *Standard for Conducting the Search*

[163] I found in *Kang-Brown* that a search of luggage using sniffer dogs would be deemed reasonable where it was based on a reasonable suspicion. This lowered standard for instigating a search is, in my view, appropriate, given the important preventative potential of sniffer dogs and the minimal intrusion caused by searches of this nature. I further found that in some situations, it would be appropriate for police to base this search not on individualized suspicion related to a particular individual, but rather on a generalized suspicion attaching to a particular activity or location. Although it was not necessary for the outcome of the appeal in *Kang-Brown*, it was my conclusion that a public bus terminal was one example of an environment where it was reasonable for police to use sniffer dogs to perform random searches where they had a generalized suspicion about the presence of drugs, providing that a reasonably informed member of the travelling public would have been aware of the possibility of random searches involving the use of dogs.

[164] In my view, schools are another environment in which it is appropriate to base random searches of bags on the lowered standard of a generalized reasonable suspicion. I reach this conclusion by weighing the public interest in preventing and deterring the presence of drugs in schools with the rights of students to be free from state interference. The balancing of privacy interests with the suppression of crime always underlies the s. 8 analysis and must be performed every time the court is asked to consider the reasonableness of a police procedure (*R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67, at paras. 17-18; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293).

présent lorsque la fouille a été effectuée et qu'il n'y a donc eu aucune atteinte à son intégrité corporelle ni création d'une situation humiliante ou embarrassante.

C) *Norme à suivre pour procéder à la fouille*

[163] J'ai conclu dans *Kang-Brown* que la fouille de bagages à l'aide de chiens renifleurs serait réputée raisonnable si elle était fondée sur des soupçons raisonnables. À mon avis, cette norme moins exigeante pour procéder à une fouille est appropriée étant donné l'important potentiel préventif de l'utilisation de chiens renifleurs et l'atteinte minimale qu'entraînent les fouilles de cette nature. J'ai en outre conclu que, dans certains cas, il serait approprié pour les policiers de fonder cette fouille non pas sur les soupçons spécifiques concernant une personne en particulier, mais plutôt sur les soupçons généraux que suscitent une activité ou un endroit en particulier. Même si cela n'était pas nécessaire pour l'issue du pourvoi dans *Kang-Brown*, j'ai conclu qu'une gare d'autobus constitue un exemple d'un lieu où il est raisonnable pour les policiers d'avoir recours à des chiens renifleurs lors de fouilles effectuées au hasard lorsqu'ils ont des soupçons généraux au sujet de la présence de drogues, à la condition que des voyageurs raisonnablement informés soient au courant de la possibilité de fouilles au hasard à l'aide de chiens.

[164] À mon avis, les écoles constituent un autre milieu où il convient d'appliquer dans les cas de fouilles au hasard de sacs la norme moins exigeante des soupçons raisonnables généraux. J'en arrive à cette conclusion après avoir mis en balance l'intérêt du public à prévenir et empêcher la présence de la drogue dans les écoles et le droit des élèves d'être à l'abri de l'ingérence de l'État. La recherche d'un équilibre entre le droit à la protection de la vie privée et la répression du crime est toujours à la base de l'analyse que requiert l'art. 8 et elle doit être effectuée chaque fois que le tribunal est appelé à examiner le caractère raisonnable d'une procédure policière (*R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67, par. 17-18; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293).

[165] The increased presence of drugs at schools is a disturbing trend. Parliament's concern about this trend is reflected in numerous pieces of legislation including the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, which makes being in or near a school an aggravating factor on sentencing for drug-related offences (s. 10(2)(*a*)(iii)), and the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, which *requires* school administration to suspend students found in possession of illicit drugs (s. 306(1), para. 2) and expel those found trafficking (s. 309(1), para. 5). This Court has also recognized the gravity of drugs in our school systems. In *M. (M.R.)*, Cory J., writing for the majority, found that the escalation of illicit substances in the school environment represents a threat to the ability of teachers and administrators to care for and educate this country's children:

> In recent years, problems which threaten the safety of students and the fundamentally important task of teaching have increased in their numbers and gravity. The possession of illicit drugs and dangerous weapons in the schools has increased to the extent that they challenge the ability of school officials to fulfill their responsibility to maintain a safe and orderly environment. [para. 36]

[166] In *M. (M.R.)*, the majority of this Court determined that a vice-principal's search of a 13-year-old student was reasonable despite the fact that it was not authorized by a warrant. The search was conducted in the presence of a police officer after several students reported that the youth was likely to be carrying drugs. Marijuana was found. In concluding that the search was reasonable, the Court emphasized that the need to protect students and create an orderly atmosphere for learning necessitated according school authorities a reasonable degree of discretion and flexibility. The altered approach was also appropriate, given the students' reduced expectation of privacy while at school.

[165] La présence accrue de drogues dans les écoles constitue une tendance préoccupante. Le législateur a traduit son inquiétude au sujet de cette tendance dans divers textes législatifs. La *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, prévoit que le fait de se trouver à l'intérieur d'une école ou près d'une école constitue une circonstance aggravante dans la détermination de la peine à infliger pour une infraction liée aux drogues (sous-al. 10(2)*a*)(iii)). La *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E-2, *oblige* les autorités scolaires à suspendre les élèves trouvés en possession de drogues illicites (par. 306(1), disposition 2) et à renvoyer ceux qui font le trafic de drogues (par. 309(1), disposition 5). Notre Cour a également reconnu la gravité du problème que constitue la présence de drogues dans le réseau scolaire. Dans *M. (M.R.)*, le juge Cory, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a estimé que la présence de plus en plus répandue de substances illicites dans le milieu scolaire représente une menace pour la capacité des enseignants et des administrateurs de s'occuper de l'éducation des enfants de notre pays :

> Au cours des dernières années, il y a eu accroissement en nombre et en gravité des problèmes qui menacent la sécurité des élèves et la tâche fondamentalement importante de l'enseignement. La possession de drogues illicites et le port d'armes dangereuses dans les écoles sont devenus si répandus qu'ils menacent la capacité des responsables d'une école de remplir leur devoir de maintenir un environnement sûr et ordonné. [par. 36]

[166] Dans *M. (M.R.)*, les juges majoritaires de notre Cour ont décidé que la fouille d'un élève de treize ans par le directeur-adjoint était raisonnable même si elle n'était pas autorisée en vertu d'un mandat. La fouille a été effectuée en présence d'un policier après que plusieurs élèves eurent indiqué que l'adolescent en cause avait probablement de la drogue sur lui. On a trouvé de la marijuana. En concluant que la fouille était raisonnable, la Cour a souligné qu'il était nécessaire, pour protéger les élèves et créer une atmosphère ordonnée propice à l'acquisition de connaissances, de laisser aux autorités scolaires un pouvoir discrétionnaire et une latitude raisonnables. Il était également approprié d'appliquer la norme modifiée étant donné l'attente moindre des élèves en matière de vie privée pendant qu'ils se trouvent à l'école.

[167] Although the Court in *M. (M.R.)* went on to find that the special nature of the school environment did not authorize *police* (or agents of the police) to proceed without a warrant, that finding related specifically to traditional police searches (*M. (M.R.)*, at para. 56). As has been discussed, a sniffer-dog search is unique from other forms of police search because of its minimally intrusive nature. The standard applicable to other forms of police searches in schools is therefore not necessarily applicable to dog searches.

[168] In my view, the incredible importance of preventing drug activity in schools, the highly regulated nature of the school environment, the reduced expectation of privacy students have while at school, and the minimally intrusive nature of dog-sniff searches all support a finding that police may use sniffer dogs to search in schools where there is a *reasonable suspicion* of drug activity. Further, I believe it is irrational to conclude that school administrators or police must have an individualized suspicion before they are able to conduct dog-sniff searches in schools. This would require that information about a particular student be obtained before a search could occur and would limit searches to specific individuals. Such an approach fails to recognize that in many cases, school authorities will be aware that there is a drug problem within the school without knowing specifically which students are likely to be carrying illicit substances on any particular day.

[169] A reasonable suspicion about the presence of drugs at school may result from tips by community members, parents, or other students, and it is unreasonable to assume that these individuals will always be able to identify the particular individuals believed to be involved. It is also possible

[167] Bien que la Cour ait ensuite conclu dans *M. (M.R.)* que la nature particulière du milieu scolaire n'autorise pas la *police* (ou les mandataires de la police) à procéder à une fouille sans mandat, cette conclusion s'appliquait spécifiquement aux fouilles traditionnelles effectuées par la police (*M. (M.R.)*, par. 56). Ainsi que nous l'avons vu, la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur se distingue des autres formes de fouilles effectuées par la police en raison de son caractère peu envahissant. La norme applicable aux autres formes de fouilles effectuées dans des écoles par la police ne s'applique donc pas nécessairement aux fouilles effectuées à l'aide de chiens.

[168] À mon avis, l'importance primordiale de réprimer dans les écoles les activités liées à la drogue, la nature très réglementée du milieu scolaire, l'attente réduite des élèves en matière de vie privée pendant qu'ils se trouvent à l'école et le caractère peu envahissant des fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs sont autant d'éléments qui permettent de conclure que les policiers peuvent avoir recours à des chiens renifleurs pour effectuer des fouilles dans des écoles lorsqu'ils peuvent *raisonnablement soupçonner* que s'y déroulent des activités liées à la drogue. De plus, j'estime qu'il est illogique de conclure que les administrateurs scolaires ou les policiers doivent avoir des soupçons portant sur une personne en particulier avant de pouvoir effectuer des fouilles à l'aide de chiens renifleurs dans des écoles. Il faudrait alors obtenir des informations au sujet d'un élève en particulier avant même que la fouille puisse être effectuée, de sorte que les fouilles ne viseraient que des personnes bien précises. Une telle approche ne tient pas compte du fait que, dans de nombreux cas, les autorités scolaires seront conscientes de l'existence d'un problème de drogue dans l'école sans savoir quels élèves exactement sont susceptibles d'avoir en leur possession des substances illicites un jour donné.

[169] Les soupçons raisonnables au sujet de la présence de drogues dans une école peuvent être fondés sur des tuyaux que donnent des membres de la collectivité, des parents ou d'autres élèves, et il n'est pas raisonable de supposer que ces personnes seront toujours en mesure d'identifier les individus

that a reasonable suspicion develops as a result of drug paraphernalia being found on school property. Once again, while the discovery of these materials may be sufficient to raise a reasonable suspicion about the presence of drugs, it will frequently not be possible to determine who is actually in possession of them before a search occurs. Indeed, the very reason sniffer dogs are so effective in the school environment is their ability to determine, specifically, where drugs are located. The principal of St. Patrick's High School testified as follows:

> [A]lthough the staff is vigilant, kids who are engaged in this type [of] activity don't want to be caught. They go out of their way to hide things around the building or hide it on their person. The . . . ability of the police to come in with the dogs, who are specially trained, allows us to conduct a search very, very quickly in the building. Because when the dogs come in, it takes approximately two hours maybe at the most . . . so you can do something like that very quickly and very thoroughly because the dogs are very, very well-trained.

(A.R., at p. 46)

Requiring that school authorities or police know exactly where drugs are located *before* the search occurs significantly hinders the benefits of this kind of search technique.

[170] As I noted in *Kang-Brown*, a random search based on generalized suspicion also has the benefit of being non-targeted in nature. This minimizes the risk of inappropriate profiling and reduces the stigma associated with being searched. Students in a school being randomly searched by dogs are aware that they are not being singled out and that they are not the subject of any particular suspicion, and no student is therefore required to be embarrassed by being targeted for investigation.

[171] Further, it is in my view extremely important to consider the incredible impact random sniffer-dog searches in schools may have on *preventing*

qu'elles croient être impliqués. Il se peut également que la découverte sur le terrain de l'école d'accessoires facilitant la consommation de drogues soit à l'origine de soupçons raisonnables. Encore une fois, bien que la découverte de tels articles puisse suffire à susciter des soupçons raisonnables quant à la présence de drogues, il sera souvent impossible de déterminer, avant qu'une fouille soit effectuée, qui a de la drogue en sa possession. En fait, la véritable raison pour laquelle les chiens renifleurs sont si efficaces dans le milieu scolaire est qu'ils sont en mesure de déterminer avec exactitude l'endroit où se trouve la drogue. Le directeur de l'école secondaire St. Patrick's a déclaré ce qui suit :

> [TRADUCTION] [M]ême si le personnel est vigilant, les enfants qui se livrent à ce type d'activité ne veulent pas être pris. Ils s'efforcent de cacher des objets aux abords de l'édifice ou de les dissimuler sur eux. La possibilité que des policiers viennent à l'école avec des chiens, qui sont spécialement dressés, nous permet de fouiller l'immeuble très très rapidement. Parce que, lorsque les chiens viennent à l'école, il faut environ deux heures tout au plus [. . .] vous pouvez donc agir très rapidement et très efficacement parce que les chiens sont vraiment très bien dressés.

(d.a., p. 46)

En obligeant les autorités scolaires ou les policiers à savoir exactement où se trouve la drogue *avant* que la fouille soit effectuée, on diminue considérablement les avantages que comporte cette technique de fouille.

[170] Ainsi que je l'ai mentionné dans *Kang-Brown*, une fouille effectuée au hasard sur le fondement de soupçons généraux offre aussi l'avantage de ne pas être ciblée. Cela réduit les risques qu'il y ait profilage abusif et atténue l'embarras lié au fait d'être fouillé. Les élèves d'une école dans laquelle une fouille au hasard est effectuée à l'aide de chiens savent qu'ils ne sont pas visés spécifiquement et qu'aucun soupçon particulier ne pèse sur eux; par conséquent, aucun élève n'a à se sentir embarrassé parce qu'il est visé par une enquête.

[171] Par ailleurs, j'estime qu'il est de la plus haute importance de tenir compte des répercussions considérables que les fouilles effectuées au hasard

drug activity from occurring at these locations. The highly efficient and extremely accurate nature of sniffer-dog searches creates a real threat to individuals seeking to bring drugs into our schools. In fact, the very possibility that this kind of search *may* occur is likely to deter some potential drug traffickers from taking the risk of being caught. In my view, it is the scope and effectiveness of the search which creates the threat and leads to the deterrence. Restricting dog-sniff searches to specific individuals therefore minimizes the preventative effect of this kind of search in an environment where prevention ought to be of paramount importance.

dans des écoles à l'aide de chiens renifleurs peuvent avoir sur la *prévention* des problèmes de drogues à ces endroits. La grande efficacité et la très grande fiabilité des fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs représentent une véritable menace pour les personnes qui cherchent à introduire des drogues dans nos écoles. En fait, la simple possibilité qu'une fouille de ce genre *puisse* être faite est susceptible de dissuader certains trafiquants de drogues potentiels de courir le risque de se faire prendre. À mon avis, c'est l'étendue et l'efficacité de la fouille qui créent la menace et ont un effet dissuasif. En limitant à des personnes bien déterminées les fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs, on réduit en conséquence l'effet préventif de ce genre de fouilles dans un milieu où la prévention devrait être primordiale.

[172] This does not mean, however, that police ought to be able to conduct random dog searches in any school at any time. As I have indicated, students continue to possess a reasonable expectation of privacy while at school, and the public interest in preventing and detecting crime using sniffer dogs must be balanced against the privacy interests of students. It is for that reason that a reasonable suspicion that drug activity is occurring at the school must exist prior to any search. Further, it is insufficient that a search be based on a suspicion which existed at some time in the past; rather, the reasonable suspicion underlying the search must have a temporal connection to the search itself.

[172] Cela ne signifie toutefois pas que la police doit être en mesure d'effectuer en tout temps et dans n'importe quelle école des fouilles au hasard à l'aide de chiens. Ainsi que je l'ai déjà mentionné, les élèves continuent d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée pendant qu'ils se trouvent à l'école et l'intérêt du public dans la prévention et la détection du crime à l'aide de chiens renifleurs doit être soupesé au regard du droit à la vie privée des élèves. C'est pourquoi il doit exister, avant qu'une fouille puisse être effectuée, des motifs raisonnables de soupçonner que des activités liées à la drogue se déroulent à l'école. De plus, il ne suffit pas que la fouille soit fondée sur des soupçons ayant existé à un moment ou à un autre dans le passé; au contraire, il doit exister un lien temporel entre les soupçons raisonnables à l'origine de la fouille et la fouille elle-même.

[173] In *Kang-Brown*, I found that police have an ongoing reasonable suspicion about drug activity occurring at this country's airports and bus and train depots. This ongoing suspicion has resulted in the creation of Operation Jetway, a special RCMP initiative aimed specifically at trying to minimize the use of our public transportation systems for the movement of illicit substances. In my view, it would be inappropriate to find that this same ongoing suspicion exists in all schools. Although it is true that the presence of drugs on school premises

[173] Dans *Kang-Brown*, j'ai conclu que la police a toujours raison de soupçonner la présence de drogue dans les aéroports, les gares d'autobus et les gares ferroviaires de notre pays. Ces soupçons sont à l'origine de l'opération Jetway, un programme spécial que la GRC a mis sur pied afin précisément de tenter de réduire l'utilisation de nos réseaux de transport public pour le transport de substances illicites. À mon avis, il n'y a pas lieu de conclure que des soupçons de ce genre existent à l'égard de toutes les écoles. S'il est vrai que la présence de

is becoming an escalating problem in Canada, I am unprepared to conclude that school officials and police have a constant reasonable suspicion that drugs will be found in any school at any time. To make such a finding without more evidence on the subject would be to erode the reasonable suspicion standard of any meaning and to significantly undermine the rights of youths in this country.

[174] Since a generalized, ongoing suspicion does not exist in relation to schools, it is necessary for each random dog-sniff search to be justified on the basis of a suspicion that drugs will be located *at that specific location at the specific time the search is being performed.*

[175] Although it is necessary that a dog-sniffer search in a school be related to a reasonable suspicion that drugs will be located on the premises at the time the search occurs, I do recognize that it is unreasonable to expect that a sniffer-dog search will occur at the precise moment that a reasonable suspicion is *first formed.* Such a standard fails to recognize that when information about drugs on the premises is received, school officials may need time to consult with each other before determining how to proceed. It is also unrealistic to assume that a tip about the presence of drugs will only raise a reasonable suspicion for an hour or a day or a week after it is received. How long the suspicion lasts will depend in large part on the nature of the information received and on whether it is supplemented by additional indicators that the presence of drugs continues. In every instance, the key inquiry is whether there is sufficient basis on which to form a reasonable suspicion about the presence of drugs at the time the search occurs. In my view, school authorities who receive information about the presence of drugs on school premises ought to proceed as follows:

drogues à l'école constitue un problème qui ne cesse de s'aggraver au Canada, je ne suis pas disposé à conclure que les autorités scolaires et la police ont toujours raison de soupçonner qu'il sera possible de trouver des drogues en tout temps et dans n'importe quelle école. Tirer une telle conclusion en l'absence d'autres éléments de preuve à cet égard aurait pour effet de faire perdre tout son sens à la norme des soupçons raisonnables et de porter sérieusement atteinte aux droits des jeunes de ce pays.

[174] Comme il n'existe pas à l'égard des écoles des soupçons constants et généraux, il est essentiel que chaque fouille effectuée au hasard à l'aide de chiens renifleurs puisse se justifier par des motifs permettant de soupçonner qu'il sera possible de trouver de la drogue *à l'endroit précis et au moment précis où la fouille est effectuée.*

[175] Bien qu'il soit nécessaire que la fouille effectuée dans une école à l'aide d'un chien renifleur se fonde sur des motifs raisonnables de soupçonner qu'il sera possible de trouver de la drogue sur les lieux au moment où la fouille se déroule, je reconnais qu'il est irréaliste de s'attendre à ce que cette fouille soit effectuée à l'instant même où les soupçons raisonnables *prennent naissance.* Une telle norme ne tient pas compte du fait que, lorsqu'elles reçoivent des informations au sujet de la présence de drogues sur les lieux, les autorités de l'école peuvent avoir besoin de temps pour se consulter avant de décider de la façon de procéder. Il est également illogique de supposer qu'un tuyau donné au sujet de la présence de drogues ne suscitera des motifs raisonnables que pendant une heure, un jour ou une semaine après qu'il a été fourni. La durée des soupçons dépendra en grande partie de la nature des informations reçues et de l'existence d'indices additionnels confirmant que des drogues sont encore présentes à l'école. Dans chaque cas, la question essentielle est celle de savoir s'il existe des motifs suffisants de soupçonner la présence de drogues au moment où la fouille est effectuée. À mon avis, la direction d'une école qui reçoit des informations concernant la présence de drogues dans l'école devrait procéder de la manière suivante :

1. The school authorities must satisfy themselves that the information giving rise to the reasonable suspicion is credible. The information itself may come from a variety of sources including one or more students, a teacher's or principal's own observations, tips from parents or community members, physical evidence of drugs found on school property, or any combination of these sources.

1. La direction de l'école doit s'assurer que les informations à l'origine des soupçons raisonnables sont dignes de foi. Ces informations peuvent provenir de diverses sources, ou d'une combinaison de sources, notamment d'un ou de plusieurs élèves, d'observations faites par un enseignant ou un directeur, de tuyaux fournis par des parents ou des membres de la collectivité, ou d'une preuve matérielle confirmant la présence de drogues à l'école.

2. Once information about drugs at the school is deemed credible, school authorities may then determine the best strategy for responding to the concern. This may involve working cooperatively with police or drug and alcohol agencies, as is required by the *Ontario Schools: Code of Conduct* (2001), (authorized by the s. 301(1) of the *Education Act*).

2. Une fois qu'elle considère dignes de foi les informations reçues au sujet de la présence de drogues à l'école, la direction de l'école peut déterminer la meilleure stratégie pour régler le problème. Il peut lui être nécessaire à cette fin de collaborer avec la police et les organismes de lutte contre l'alcoolisme et la toxicomanie, ainsi que l'exige le *Code de conduite* (2001) des écoles de l'Ontario (adopté en vertu du par. 301(1) de la *Loi sur l'éducation*).

3. In some situations, the reasonable suspicion may be such that school officials wish to invite police to perform a random search at their school. Given the realities of police resources, it is unrealistic to assume that a search will be feasible the same day an invitation is issued. For that reason, it is permissible for school officials to issue police with an "open invitation" to search the school.

3. Dans certaines situations, les soupçons raisonnables peuvent être tels que la direction de l'école souhaite inviter la police à effectuer une fouille au hasard à l'école. Compte tenu des ressources dont dispose la police, il est irréaliste de supposer qu'une fouille pourra être effectuée le jour même où une telle invitation est faite. C'est pourquoi il est permis aux directions des écoles d'inviter de façon générale les policiers à venir en tout temps à l'école pour y effectuer des fouilles.

4. When police resources enable a search to occur, school officials must determine whether their reasonable suspicion about the presence of drugs on the premises still exists. It is not permissible for a search to occur on the basis of a reasonable suspicion which existed in the past, and school authorities must be satisfied that they have a current reasonable suspicion that drugs will be found on the premises *on the day* the search occurs.

4. Lorsque la police a les ressources nécessaires pour effectuer une fouille, la direction de l'école doit déterminer si elle a encore des motifs raisonnables de soupçonner la présence de drogues sur les lieux. Une fouille ne peut pas être effectuée sur le fondement de soupçons raisonnables qui existaient dans le passé, et la direction de l'école doit être convaincue qu'elle a des motifs raisonnables et actuels de soupçonner que de la drogue pourra être trouvée sur les lieux *le jour même* de la fouille.

[176] With respect, I think the distinction between a search initiated by school authorities

[176] Avec égards, j'estime qu'il n'est pas important de faire une distinction entre une fouille

who ask for police assistance and a search initiated by the police who ask school authorities for assistance is of no moment. Nor is it necessary to go into a deep analysis of the "open invitation". In every case, what is occurring is a cooperative effort to assure a safe environment for students by preventing the sale and use of drugs. What matters is that the search be undertaken only when a reasonable suspicion can be established and related in time to that particular search.

[177] The process I have suggested above ensures that an appropriate balance will be struck between the public interest in preventing drug activity at schools and the privacy interests of students. Allowing random searches on the basis of a current, reasonable suspicion ensures that students are not subjected to unfounded invasions of their privacy while simultaneously protecting the valuable role sniffer-dog searches may play at preventing and deterring drugs in the school system.

[178] Finally, I wish to reiterate my finding in *Kang-Brown* that random drug sniff searches must only occur where it is established that reasonably informed members of the public would have been aware that they may be used. Although the provision of such knowledge does not make it reasonable to base a search on generalized reasonable suspicion (this must be determined on a case-by-case basis by balancing the requisite factors), it is a necessary precondition to a finding that a random search is reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter.*

[179] In this case, I am satisfied that students at St. Patrick's High School were given sufficient notice that a random sniffer-dog search might occur. They clearly had the required knowledge. The school has a zero-tolerance policy for drugs and the trial judge determined that students were aware of the policy and were aware of the fact that it may be enforced

effectuée à l'initiative de la direction d'une école qui demande l'aide de la police et une fouille effectuée à l'initiative de la police qui demande l'aide de la direction d'une école. Il n'est pas non plus nécessaire de se lancer dans une analyse approfondie de l'« invitation générale ». Dans chaque cas, les intéressés s'efforcent de collaborer pour garantir aux élèves un milieu sûr en empêchant la vente et la consommation de drogues. Il importe que la fouille ne soit effectuée que lorsque des soupçons raisonnables peuvent être établis et ont un lien temporel avec la fouille en cause.

[177] La procédure suggérée ci-dessus permet d'assurer un juste équilibre entre l'intérêt du public d'empêcher que des activités liées à la drogue se déroulent dans nos écoles et le droit à la vie privée des élèves. En permettant que des fouilles soient effectuées au hasard lorsqu'il existe des soupçons raisonnables et actuels, on s'assure que les élèves ne font pas l'objet d'atteintes injustifiées à leur vie privée tout en préservant le rôle très utile que jouent les fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs pour prévenir et décourager la présence de drogues dans les écoles.

[178] Enfin, je souhaite répéter la conclusion que j'ai tirée dans *Kang-Brown* selon laquelle on ne saurait effectuer des fouilles au hasard à l'aide de chiens renifleurs que s'il est établi que des gens raisonnablement bien informés auraient su qu'elles pouvaient avoir lieu. Bien qu'il ne devienne pas acceptable, en raison de cette connaissance, de fonder une fouille sur des soupçons raisonnables généraux (cette question devant être tranchée au cas par cas en fonction des facteurs applicables), il s'agit d'une condition préalable essentielle pour conclure qu'une fouille effectuée au hasard est raisonnable au sens de l'art. 8 de la *Charte.*

[179] En l'espèce, je suis convaincu que les élèves de l'école secondaire St. Patrick's avaient été suffisamment informés de la possibilité qu'une fouille puisse être effectuée au hasard à l'aide d'un chien renifleur. Ils avaient clairement la connaissance requise. L'école applique une politique de tolérance zéro en matière de drogues et le juge du procès

using drug detector dogs ((2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98, at para. 5).

[180] There is, however, no evidence that the sniffer-dog search which led police to arrest A.M. was founded on a current reasonable suspicion that drugs would be found. While I accept that the principal of St. Patrick's High School was concerned about the presence of drugs at his school, concern is insufficient to justify a random search. The fact that the school had received calls in the past from parents and neighbours about the use of drugs is also an insufficient basis. Principal Bristo testified that he had no knowledge that the police were planning on searching the school on November 7, 2002 (A.R., at p. 47) and, importantly, when asked if he had any knowledge that there might be drugs within the school on that date he replied "I had no knowledge of it. It's . . . pretty safe to assume that they could be there" (A.R., at p. 49 (emphasis added)). The trial judge concluded on the basis of these answers that school authorities had little more than a "reasonably well-educated guess" (para. 16) that drugs would be at the school on the day the search was conducted, and I agree with that conclusion. The evidence likewise indicates that the police themselves had no direct awareness as to the possible existence of drugs at the school on the day the search occurred (A.R., at p. 84). In their view, the search was conducted solely because it was requested by the school principal (A.R., at p. 77). As a result, the requisite generalized suspicion was lacking and the search must therefore be found to be in contravention of s. 8 of the *Charter*.

D) *Admission of the Evidence*

[181] Section 24(2) of the *Charter* requires that the admissibility of evidence obtained in violation of an individual's *Charter* rights be considered. Evidence will only be excluded when, having regard to all

a déterminé que les élèves étaient au courant de cette politique et qu'ils savaient qu'elle pouvait être appliquée à l'aide de chiens dressés pour détecter la présence de drogues ((2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98, par. 5).

[180] Il n'y a cependant aucune preuve que la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur qui a permis aux policiers d'arrêter A.M. se fondait sur des motifs raisonnables et actuels de soupçonner que des drogues pourraient être découvertes. Je reconnais que le directeur de l'école secondaire St. Patrick's s'inquiétait de la présence de drogues dans son école, mais une simple inquiétude ne suffit pas pour justifier une fouille au hasard. Il ne suffit pas non plus que l'école ait reçu dans le passé des appels de parents et de voisins de l'école au sujet de la consommation de drogues. Le directeur Bristo a déclaré qu'il ignorait que la police projetait de fouiller l'école le 7 novembre 2002 (d.a., p. 47) et, ce qui est important, lorsqu'on lui a demandé s'il savait qu'il pouvait y avoir des drogues à l'école le jour en question, il a répondu [TRADUCTION] « Je n'en savais rien. On peut supposer sans risque d'erreur qu'il pourrait y en avoir » (d.a., p. 49 (je souligne)). Le juge du procès a conclu en se fondant sur ces réponses que la direction de l'école n'avait rien d'autre qu'une [TRADUCTION] « supposition raisonnablement fondée sur l'expérience » (par. 16) selon laquelle il y aurait des drogues à l'école le jour de la fouille et je souscris à cette conclusion. Il ressort de même de la preuve que les policiers eux-mêmes n'étaient pas directement au courant de la présence possible de drogues à l'école le jour où ils ont effectué la fouille (d.a., p. 84). Selon les policiers, la fouille n'a été effectuée qu'à la demande du directeur de l'école (d.a., p. 77). En conséquence, il n'y avait pas, comme cela était requis, de soupçons généraux et il faut donc conclure que la fouille contrevenait à l'art. 8 de la *Charte*.

D) *Admission des éléments de preuve*

[181] Le paragraphe 24(2) de la *Charte* exige un examen de l'admissibilité des éléments de preuve obtenus en violation de droits individuels garantis par la *Charte*. Les éléments de preuve

the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute (*Law*; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607). The circumstances to be considered in making this determination can be grouped into three categories:

(1) the effect of admitting the evidence on the fairness of the subsequent trial, (2) the seriousness of the police's conduct, and (3) the effects of excluding the evidence on the administration of justice. Trial judges are under an obligation to consider these three factors.

(*Law*, at para. 33, relying on *Collins*.)

(1) Trial Fairness

[182] The concept of trial fairness is concerned with the continued effects of self-incrimination and, where an "accused, in violation of his *Charter* rights, is compelled to incriminate himself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples", admission of the resulting evidence would generally affect the fairness of the trial (*Stillman*, at para. 80). This kind of evidence is referred to as "conscriptive" (*Law*, at para. 34, citing *Stillman*, at para. 80).

[183] Where, as here, however, the evidence is non-conscriptive because it existed independently of the violation and did not emanate from the accused, its admission will not affect trial fairness (*Buhay*, at para. 50, citing *Stillman* and *Evans*).

(2) Seriousness of the Breach

[184] Assessing the seriousness of the breach requires a determination of "whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant": *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 652. It is also relevant to consider whether the violation was motivated by a situation of urgency or necessity, the obtrusiveness of the

ne seront écartés que s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (*Law*; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607). Les facteurs à examiner pour prendre cette décision peuvent être regroupés en trois catégories :

(1) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès à venir; (2) la gravité de la conduite de la police; (3) l'effet de l'exclusion de la preuve sur l'administration de la justice. Au procès, les juges sont tenus de prendre ces trois facteurs en considération.

(*Law*, par. 33, s'appuyant sur *Collins*.)

(1) L'équité du procès

[182] La notion d'équité du procès s'attache aux effets continus de l'auto-incrimination et lorsque « l'accusé, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s'incriminer sur l'ordre de l'État au moyen d'une déclaration, de l'utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles », l'utilisation de la preuve ainsi obtenue porterait généralement atteinte à l'équité du procès (*Stillman*, par. 80). Il s'agit de ce que l'on appelle la preuve « obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même » (*Law*, par. 34, citant *Stillman*, par. 80).

[183] Toutefois, lorsque la preuve, comme en l'espèce, n'est pas obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même parce qu'elle existait indépendamment de l'atteinte et qu'elle n'émanait pas de l'accusé, son utilisation ne touchera pas l'équité du procès (*Buhay*, par. 50, citant *Stillman* et *Evans*).

(2) La gravité de la violation

[184] La gravité de la violation est évaluée en fonction de « la question de savoir si elle a été commise de bonne foi ou par inadvertance ou si elle est de pure forme, ou encore s'il s'agit d'une violation délibérée, volontaire ou flagrante » : *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 652. Il y a lieu de déterminer également si l'atteinte a été motivée par une situation d'urgence ou de nécessité et de tenir compte

search, and the individual's expectation of privacy (*Buhay*, at para. 52).

[185] The trial judge determined that this breach "must be seen on the less serious end of the scale" (para. 22), and I agree with that conclusion. It is significant that the search occurred in an environment where there is a diminished expectation of privacy and that the search itself was of a non-intrusive nature. It is also significant that the police conducted the search in cooperation with the school principal and that they believed this gave them the authority to do so. Constable McCutchen testified that he understands that the police respond to requests from schools in order to "assist" where there is a problem with drugs. He estimated that in his 10 years with the Ontario Provincial Police Canine Unit, he has conducted dog-sniff searches in 140 schools (A.R., at p. 74). Constable Callander was another officer who participated in the search at St. Patrick's. He has been with the Clearwater Police Force for 27 years and testified that searches of this nature are "common practice" (A.R., at p. 79) and are conducted upon invitation from school principals (A.R., at p. 79). In my view, this evidence supports a finding that the officers involved in this search were unaware that using dog sniffs to search the school in the circumstances of this case breaches the *Charter* if there is no reasonable suspicion that drugs will be found.

[186] The evidence also indicates that school authorities were not aware that this kind of search constituted a breach of the *Charter*. The principal of St. Patrick's High School testified that he feels bound by the *Education Act* to provide a safe and orderly environment in the school (A.R., at p. 47) and that he needs the cooperation of the police to help discover drugs in the building (A.R., at p. 45). He further testified that although he is unable to arbitrarily select a locker or a bag and search it without "something more" (A.R., at p. 59), the police do not need to provide him with any specific information indicating a need for a search in order

du caractère envahissant de la fouille ainsi que des attentes de la personne en matière de vie privée (*Buhay*, par. 52).

[185] Le juge du procès a estimé que cette violation [TRADUCTION] « doit être considérée comme mineure » (par. 22) et je souscris à sa conclusion. Il est révélateur que la fouille se soit déroulée dans un milieu où l'attente en matière de vie privée est réduite et que la fouille elle-même ait été peu envahissante. Il est également révélateur que les policiers aient effectué la fouille en collaboration avec le directeur de l'école et qu'ils aient cru que celui-ci les y avaient autorisés. L'agent McCutchen a déclaré qu'il croit comprendre que les policiers répondent aux demandes des écoles afin de les [TRADUCTION] « aider » lorsqu'il y a un problème de drogues. Il a estimé avoir effectué des fouilles à l'aide de chiens renifleurs dans 140 écoles au cours de ses dix années au sein de l'unité canine de la Police provinciale de l'Ontario (d.a., p. 74). L'agent Callander a lui aussi participé à la fouille à l'école St. Patrick's. Il fait partie du service de police de Clearwater depuis 27 ans et il a déclaré que les fouilles de cette nature étaient [TRADUCTION] « pratique courante » (d.a., p. 79) et étaient effectuées à la demande des directeurs d'école (d.a., p. 79). À mon avis, ces témoignages permettent de conclure que les policiers ayant participé à la fouille ignoraient que l'utilisation de chiens renifleurs pour fouiller l'école dans les circonstances de l'espèce contrevenait à la *Charte* en l'absence de motifs raisonnables de soupçonner que des drogues y seraient découvertes.

[186] Il ressort également de la preuve que la direction de l'école ignorait que de telles fouilles contrevenaient à la *Charte*. Le directeur de l'école secondaire St. Patrick's a déclaré qu'il estime être obligé par la *Loi sur l'éducation* de maintenir à l'école un environnement sûr et ordonné (d.a., p. 47) et qu'il a besoin de la collaboration de la police pour découvrir la drogue qui se trouve dans l'édifice (d.a., p. 45). Il a ajouté que, même s'il ne peut choisir arbitrairement un casier ou un sac et le fouiller sans [TRADUCTION] « autre motif » (d.a., p. 59), les policiers n'ont pas besoin, pour effectuer une fouille, de lui fournir d'autres informations

to proceed (A.R., at p. 53). In his view, the arrangement he had with police at the time A.M.'s bag was searched allowed a random search to be conducted by sniffer dogs at any time, and was restricted only by the availability of police resources (A.R., at p. 53).

[187] This evidence is sufficient to establish that the *Charter* breach in this case was neither deliberate nor wilful. Both the school officials and police officers involved were acting in good faith when the sniffer-dog search was performed and, as I result, I find that the breach was inadvertent. This factor, combined with the diminished expectation of privacy and the non-intrusive nature of the search, leads me to conclude that the breach was not of a serious nature.

(3) Effect of Exclusion on the Reputation of the Administration of Justice

[188] The final stage of the s. 24(2) analysis considers whether excluding the evidence would have a detrimental effect on the administration of justice. This generally requires consideration of "whether the unconstitutionally obtained evidence forms a crucial part of the Crown's case and, where trial fairness is not affected, the seriousness of the underlying charge" (*Law*, at para. 39).

[189] It is clear that the evidence obtained by the search is necessary to substantiate the charges against A.M., and it therefore forms a crucial part of the Crown's case. In addition, the trafficking charges against A.M. are of a serious nature, and the fact that the offence occurred within a school is an aggravating element.

[190] In my view, all of the aforementioned factors favour allowing this evidence to be admitted. Although this search was not performed on the basis of a reasonable suspicion that drugs would be found, it was conducted in good faith. The

spécifiques indiquant que celle-ci est nécessaire (d.a., p. 53). Selon le directeur, l'arrangement qu'il avait conclu avec la police et qui s'appliquait lorsque le sac de A.M. a été fouillé permettait qu'une fouille au hasard soit effectuée en tout temps à l'aide de chiens renifleurs; la seule restriction était la disponibilité des ressources policières (d.a., p. 53).

[187] Ces éléments de preuve permettent d'établir que la violation de la *Charte* en l'espèce n'était ni délibérée ni volontaire. La direction de l'école et les policiers ont agi de bonne foi lors de la fouille effectuée à l'aide du chien renifleur et, par conséquent, j'estime que la violation a été commise par inadvertance. Combiné à l'attente réduite en matière de vie privée et au caractère peu envahissant de la fouille, ce facteur m'amène à conclure que la violation n'était pas grave.

(3) L'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice

[188] La dernière étape de l'analyse que requiert le par. 24(2) consiste à examiner si l'exclusion de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il est généralement nécessaire à cette fin de déterminer « si les éléments de preuve obtenus de façon inconstitutionnelle constituent une partie vitale de la preuve du ministère public et, d'autre part, lorsqu'il n'y a pas atteinte à l'équité du procès, sur la gravité de l'accusation sous-jacente » (*Law*, par. 39).

[189] Il est clair que les éléments de preuve obtenus grâce à la fouille sont nécessaires pour établir le bien-fondé des accusations portées contre A.M. et qu'ils constituent donc une partie vitale de la preuve du ministère public. De plus, les accusations de trafic de stupéfiants portées contre A.M. sont graves et le fait que l'infraction ait été commise dans une école constitue un facteur aggravant.

[190] À mon avis, tous les facteurs susmentionnés favorisent l'admission des éléments de preuve. La fouille n'a pas été effectuée sur le fondement de motifs raisonnables de soupçonner que des drogues seraient découvertes, mais elle a été faite de

search was non-intrusive in nature and occurred in an environment where the expectation of privacy was diminished. The evidence obtained was non-conscriptive in nature and does not affect the fairness of the trial. As a result, it is my view that excluding this evidence would bring the administration of justice into disrepute and that the trial judge erred by failing to admit it at trial.

[191] For these reasons, I would allow the appeal on the limited basis that the evidence against A.M. ought to have been admitted.

Appeal dismissed, BASTARACHE, DESCHAMPS *and* ROTHSTEIN JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Calgary.

Solicitor for the respondent: Walter Fox, 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, Quebec.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the St. Clair Catholic District School Board: Shibley Righton, Toronto.

bonne foi. La fouille était peu envahissante et elle s'est déroulée dans un milieu où l'attente en matière de vie privée était réduite. Les éléments de preuve n'ont pas été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et ils ne portent pas atteinte à l'équité du procès. Par conséquent, j'estime que l'exclusion de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et que le juge du procès a commis une erreur en refusant de l'admettre au procès.

[191] Pour ces raisons, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour l'unique motif que les éléments de preuve contre A.M. auraient dû être admis au procès.

Pourvoi rejeté, les juges BASTARACHE, DESCHAMPS *et* ROTHSTEIN *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Calgary.

Procureur de l'intimé : Walter Fox, 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 de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante St. Clair Catholic District School Board : Shibley Righton, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (Justice for Children and Youth): Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Procureur de l'intervenante Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (Justice for Children and Youth) : Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Donald Norman Evans *Appellant*

v.

Teamsters Local Union No. 31 *Respondent*

INDEXED AS: EVANS *v.* TEAMSTERS LOCAL UNION No. 31

Neutral citation: 2008 SCC 20.

File No.: 31733.

2008: January 29; 2008: May 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE YUKON TERRITORY

Employment law — Wrongful dismissal — Damages — Duty to mitigate — Union employee wrongfully dismissed after new union executive took office — Whether employee required to mitigate damages by returning to work for same employer.

E was employed for over 23 years as a business agent in the respondent union's Whitehorse office. He was dismissed on January 2, 2003 after the election of a new union executive. The incoming president faxed E a termination letter, and later that same day telephoned him to "commence discussions". E's legal counsel wrote a letter to the incoming president the following day submitting that E was entitled to reasonable notice of the termination of his employment. He said that E was prepared to accept 24 months' notice of termination and suggested that this could be granted through 12 months of continued employment followed by a payment of 12 months of salary in lieu of notice. Subsequent to this proposal there was a continuing exchange of correspondence between the lawyers, but no resolution was reached. In the meantime, the union continued to pay E his salary and benefits. E stated during this period that he wanted a settlement which would see him retire and his wife replace him as the union's business agent. E also became aware that other union employees who had been fired on the same day and in the same way had been reinstated, either with working notice or unconditionally. On May 23, E received a letter from the union's legal counsel requesting that he "return to his employment . . . to serve out the balance of his notice period

Donald Norman Evans *Appelant*

c.

Teamsters Local Union No. 31 *Intimé*

RÉPERTORIÉ : EVANS *c.* TEAMSTERS LOCAL UNION No. 31

Référence neutre : 2008 CSC 20.

N° du greffe : 31733.

2008 : 29 janvier; 2008 : 1er mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU TERRITOIRE DU YUKON

Employeur et employé — Congédiement injustifié — Dommages-intérêts — Obligation de limiter le préjudice — Employé du syndicat injustement congédié après l'entrée en fonction des nouveaux dirigeants du syndicat — L'employé était-il tenu de limiter son préjudice en retournant travailler pour le même employeur?

E a été employé pendant plus de 23 ans à titre d'agent d'affaires au bureau du syndicat intimé situé à Whitehorse. Il a été congédié le 2 janvier 2003 après l'élection des nouveaux dirigeants syndicaux. Le nouveau président lui a fait parvenir par télécopieur une lettre de congédiement et lui a téléphoné plus tard le même jour pour « amorcer des discussions ». Le lendemain, l'avocat de E a écrit au nouveau président et a fait valoir que E avait droit à un préavis raisonnable de congédiement. Il a précisé que E était disposé à accepter un préavis de 24 mois, en indiquant que cela pourrait prendre la forme d'un maintien en poste de 12 mois suivi du versement d'une indemnité de préavis de 12 mois de salaire. Cette proposition a été suivie d'une correspondance entre les avocats, sans qu'on parvienne à une solution. Dans l'intervalle, le syndicat a continué de verser à E son salaire et ses avantages sociaux. E a déclaré pendant cette période souhaiter arriver à un règlement suivant lequel il prendrait sa retraite et son épouse le remplacerait au poste d'agent d'affaires du syndicat. E a également appris que d'autres employés du syndicat, congédiés le même jour et de la même façon, avaient été réintégrés dans leurs fonctions, soit avec un préavis, soit de façon inconditionnelle. Le 23 mai, E a reçu de l'avocat du syndicat une lettre exigeant qu'il

of 24 months" and stating that, if he refused to return, the union would "treat that refusal as just cause, and formally terminate him without notice". E indicated he would return to work provided the union immediately rescinded its termination letter of January 2003, but the union was not prepared to do so.

The trial judge found that E had been wrongfully dismissed and was entitled to 22 months' notice. He also found that the union had not shown that E had failed to mitigate his damages. E was awarded over $100,000 in damages, representing the salary and allowances owed to him. The Court of Appeal set aside the damage award, holding that E had not acted reasonably with respect to the job offer made to him by the union, and that this constituted a failure to mitigate his damages.

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

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Rothstein JJ.: Where the employer has ended the employment contract without notice, the employer is required to pay damages in lieu of notice, but that requirement is subject to the employee making a reasonable effort to mitigate the damages by seeking an alternate source of income. Given that both wrongful dismissal and constructive dismissal are characterized by employer-imposed termination of the employment contract (without cause), there is no principled reason to distinguish between them when evaluating the need to mitigate. Although in some instances the relationship between the employee and the employer will be less damaged where constructive rather than wrongful dismissal has occurred, this will not always be the case. Accordingly, this relationship is best considered on a case-by-case basis when the reasonableness of the employee's mitigation efforts is being evaluated. [27-28]

In some circumstances it will be necessary for a dismissed employee to mitigate his or her damages by returning to work for the same employer. Assuming there are no barriers to re-employment, requiring an employee to mitigate by taking temporary work with the dismissing employer is consistent with the notion that damages are meant to compensate for lack of notice, and not to penalize the employer for the dismissal itself. Not imposing such a requirement would create an artificial distinction between an employer who terminates and offers re-employment and one who gives notice of termination and offers working notice. [28-29]

« réintègre son emploi [. . .] pour s'acquitter du reste de sa période de préavis de 24 mois » et indiquant qu'en cas de refus d'obtempérer, le syndicat « considérera ce refus comme un motif valable et mettra officiellement fin à son emploi, sans préavis ». E a répondu qu'il retournerait au travail à la condition que le syndicat annule sa lettre de congédiement de janvier 2003, ce que le syndicat n'était pas disposé à faire.

Le juge de première instance a conclu que E avait été injustement congédié et avait droit à un préavis de 22 mois. Il a également conclu que le syndicat n'avait pas démontré que E n'avait pas limité son préjudice et lui a accordé plus de 100 000 $ en dommages-intérêts, une somme correspondant au salaire et aux indemnités qui lui étaient dus. La Cour d'appel a annulé la condamnation aux dommages-intérêts et a statué que E n'avait pas agi d'une manière raisonnable quant à l'offre d'emploi du syndicat et avait ainsi omis de limiter son préjudice.

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

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Rothstein : Si l'employeur a mis fin au contrat de travail sans préavis, il est tenu de verser une indemnité de préavis à la condition que l'employé fasse des efforts raisonnables pour limiter le préjudice en cherchant une autre source de revenu. Comme le congédiement injustifié et le congédiement déguisé sont tous deux caractérisés par la résiliation (sans motif valable) du contrat de travail imposée par l'employeur, il n'existe sur le plan des principes aucune raison de faire une distinction entre eux lorsqu'on évalue la nécessité de la limitation du préjudice. Si la relation entre l'employé et l'employeur sera parfois moins détériorée par un congédiement déguisé que par un congédiement injustifié, ce ne sera pas toujours le cas. Aussi vaut-il mieux considérer cette relation au cas par cas lorsqu'on évalue le caractère raisonnable des efforts de l'employé pour limiter le préjudice. [27-28]

Dans certaines circonstances l'employé congédié devra limiter son préjudice en retournant travailler pour le même employeur. Dans l'hypothèse où il n'existe pas d'obstacles à la reprise de l'emploi, le fait de demander à un employé de limiter son préjudice en acceptant un travail temporaire auprès de l'employeur qui l'a congédié s'accorde avec l'idée que les dommages-intérêts constituent une indemnité pour l'absence de préavis, et ne visent pas à pénaliser l'employeur pour le congédiement lui-même. En n'imposant pas une telle obligation, on se trouverait à établir une distinction artificielle entre l'employeur qui congédie son employé puis offre de le reprendre à son service, et celui qui donne un avis de cessation d'emploi et offre un préavis. [28-29]

The employer bears the onus of demonstrating both that an employee has failed to make reasonable efforts to find work and that work could have been found. Where the employer offers the employee a chance to mitigate damages by returning to work for the employer, the central issue is whether a reasonable person would accept such an opportunity. A reasonable person should be expected to do so where the salary offered is the same, where the working conditions are not substantially different or the work demeaning, and where the personal relationships involved are not acrimonious. Other relevant factors include the history and nature of the employment, whether or not the employee has commenced litigation, and whether the offer of re-employment was made while the employee was still working for the employer or only after he or she had already left. The critical element is that an employee not be obliged to mitigate by working in an atmosphere of hostility, embarrassment or humiliation. Although an objective standard must be used to evaluate whether a reasonable person in the employee's position would have accepted the employer's offer, it is extremely important that the non-tangible elements of the situation — including work atmosphere, stigma and loss of dignity — be included in the evaluation. [30]

Here, the evidence does not support the conclusion that E's circumstances, viewed objectively, justified his refusal to resume employment with the union. E's requests for rescission of the letter of termination and re-establishment as an indefinite term employee were unreasonable since their effect would simply have been to extend his notice period to 29 months. The requirement that E's wife be given a new contract of employment was also unreasonable, as this had no relationship to the conditions under which E himself would be continuing his employment relationship with the union. Moreover, the particular aspects of E's testimony that were retained by the trial judge do not reflect an objective evaluation of the reasonableness of E's decision to refuse employment in order to mitigate his damages. The trial judge erred in law in applying a purely subjective test and failing to consider relevant evidence. As the Court of Appeal recognized, there was strong evidence that E was prepared to resume his old job and that he understood the May 23 letter to be an invitation to do so. Furthermore, his concerns about returning to work were never invoked in the various negotiations with the union. Although the fears expressed by E may have been subjectively justified, there was no evidence of acrimony between the incoming president and E, and no evidence that E would be unable to perform his duties in the future. The fact that E was at one time prepared

Il incombe à l'employeur de démontrer, d'une part, que l'employé n'a pas fait d'efforts raisonnables pour trouver du travail et, d'autre part, qu'il aurait pu en trouver. Si l'employeur offre à l'employé la possibilité de limiter son préjudice en revenant travailler pour lui, la question centrale à trancher est de savoir si une personne raisonnable accepterait une telle offre. Il faut s'attendre à ce qu'une personne raisonnable le fasse si le salaire offert est le même, si les conditions de travail ne sont pas sensiblement différentes ou le travail n'est pas dégradant, et si les relations personnelles ne sont pas acrimonieuses. Il existe d'autres facteurs pertinents, notamment l'historique et la nature de l'emploi, le fait que l'employé ait ou non intenté une action, et le fait que l'offre de reprise de l'emploi ait été faite pendant que l'employé travaillait encore pour l'employeur ou seulement après son départ. L'élément essentiel, c'est que l'employé ne doit pas être obligé, pour limiter son préjudice, de travailler dans un climat d'hostilité, de gêne ou d'humiliation. Même s'il y a lieu de recourir à un critère objectif pour déterminer si une personne raisonnable placée dans la même situation que l'employé aurait accepté l'offre de l'employeur, il est de la plus haute importance de prendre en compte, dans l'évaluation, les aspects non tangibles de la situation — y compris le climat de travail, la stigmatisation et la perte de dignité. [30]

En l'espèce, la preuve ne permet pas de conclure que la situation de E, considérée objectivement, justifiait son refus de recommencer à travailler pour le syndicat. Les demandes de E concernant l'annulation de la lettre de congédiement et sa réintégration à titre d'employé à durée indéterminée étaient déraisonnables puisqu'elles auraient simplement eu pour effet de prolonger la période de préavis jusqu'à 29 mois. L'exigence relative à la conclusion d'un nouveau contrat de travail avec l'épouse de E était elle aussi déraisonnable, étant sans lien aucun avec les conditions auxquelles lui-même continuerait sa relation d'emploi avec le syndicat. En outre, les éléments précis du témoignage de E retenus par le juge de première instance ne cadrent pas avec une évaluation objective du caractère raisonnable de sa décision de refuser de reprendre son travail afin de limiter son préjudice. Le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu'il a appliqué un critère purement subjectif et qu'il n'a pas pris en considération des éléments de preuve pertinents. La Cour d'appel a reconnu l'existence d'une preuve convaincante indiquant que E était disposé à reprendre son ancien travail et qu'il a vu dans la lettre du 23 mai une invitation en ce sens. De plus, ses préoccupations relatives à son retour au travail n'ont jamais été invoquées au cours des diverses négociations avec le syndicat. Même si les craintes exprimées par E peuvent avoir été

to return to work if his wife was guaranteed the same term also demonstrates that the reasons given by the trial judge to justify the refusal found no support in the evidence. The relationship between E and the union was not seriously damaged. Given that the terms of employment were the same, it was not objectively unreasonable for E to return to work to mitigate his damages. [37-38] [47-48] [50]

Per Abella J. (dissenting): When an employee is fired without cause and without reasonable notice, the dismissal is, at law, "wrongful". The employee is immediately entitled to an action in damages. Such an employee should not be expected or required to mitigate any damages by remaining in the workplace from which he or she has been dismissed. To do so disregards the uniqueness of an employment contract as one of personal service. [106-108]

A purely objective test should not be applied to E's decision not to return to the workplace from which he had been fired. Both objective and subjective factors are relevant in evaluating what a reasonable person in the position of the employee would do and whether a particular dismissed employee should be obliged to mitigate any damages by working in an atmosphere of hostility, embarrassment or humiliation. Different employees will be differently affected by a dismissal, and are entitled to consideration being given to the reality of their own experience and reaction. [109] [113]

The trial judge rejected the union's argument that the purpose of the January 2 phone call was to negotiate a period of working notice. There is no reason to disturb this finding. The trial judge also construed the union's letter of May 23 as a demand that E return to work, not an offer. It is difficult to read it any other way, particularly since the letter said he would be dismissed for cause if he did not return on the specific date. The union could have told E on January 2 that his employment would end two years later, or that his employment would be terminated immediately with two years' pay in lieu of notice. What it could not do was fire him without notice on January 2, and then, when negotiations failed, fire him unlawfully again when he failed to accept the union's *ex post facto* acknowledgment that as of January 2, he was entitled to 24 months'

subjectivement justifiées, il n'y avait aucune preuve de relations acrimonieuses entre le nouveau président et E, ni aucune preuve que E serait incapable d'accomplir ses fonctions à l'avenir. Le fait que E ait été à un moment disposé à retourner au travail si l'on garantissait à son épouse le maintien de son emploi pour la même durée montre également que les raisons données par le juge de première instance pour justifier le refus n'étaient pas étayées par la preuve. La relation entre E et le syndicat n'était pas gravement détériorée. Comme les conditions d'emploi étaient les mêmes, il n'était pas objectivement déraisonnable que E reprenne son travail pour limiter son préjudice. [37-38] [47-48] [50]

La juge Abella (dissidente) : Lorsqu'un employé est congédié sans motif valable et sans préavis, il s'agit en droit d'un congédiement « injustifié ». L'employé a immédiatement le droit d'intenter une action en dommages-intérêts. Il ne faudrait pas s'attendre de cet employé qu'il limite son préjudice en restant au lieu de travail où il a été congédié, ni exiger qu'il le fasse. On se trouverait alors à ne faire aucun cas du caractère tout à fait particulier du contrat de travail individuel. [106-108]

Un critère purement objectif ne devrait pas être appliqué à l'égard de la décision de E de ne pas retourner travailler pour l'employeur qui l'avait congédié. Les facteurs objectifs comme les facteurs subjectifs sont pertinents lorsqu'il s'agit d'évaluer ce que ferait une personne raisonnable dans la même situation que l'employé et si un employé qui a été congédié devrait être obligé, pour limiter son préjudice, de travailler dans un climat d'hostilité, de gêne ou d'humiliation. Les employés ne sont pas tous touchés de la même manière par un congédiement et ils sont en droit de s'attendre à ce qu'on prenne en considération la réalité de leur propre expérience et de leur propre façon de réagir. [109] [113]

Le juge de première instance a rejeté l'argument du syndicat selon lequel par son appel téléphonique du 2 janvier, il avait pour objectif de négocier un préavis. Aucune raison ne justifie de modifier cette conclusion. Le juge de première instance a également interprété la lettre du 23 mai du syndicat comme un ordre donné à E de retourner au travail, et non comme une offre. Il est difficile de l'interpréter autrement, en particulier puisque la lettre dit que E sera congédié pour un motif valable s'il ne rentre pas au travail à une date donnée. On aurait pu lui dire le 2 janvier que son emploi prendrait fin deux ans plus tard, ou qu'il prendrait fin immédiatement avec une indemnité de préavis de deux ans. Ce qu'on ne pouvait pas faire, c'était le congédier sans préavis le 2 janvier pour ensuite, après l'échec des négociations, le congédier de nouveau d'une façon illégale

notice, but had to spend it working for the union. [117] [119-121]

The trial judge's findings on the reasonableness of E's refusal to mitigate by returning to his former employer rested on nine factors, all of which were supported by the evidence. Likewise, there is no basis for overturning the trial judge's factual finding that E acted reasonably in his negotiations with the union. There can be no significance attached to the fact that E did not, during the negotiations, expressly articulate the nine factors identified by the trial judge as justification for his refusal to return to work. Nor does the fact that E was prepared to return to work if his termination letter was rescinded constitute either an unreasonable expectation or an admission that his working relationships remained unaffected by the dismissal. [135-136]

The burden was on the employer to demonstrate that E had failed to make reasonable efforts to find work. The trial judge concluded that E had made sufficient effort but that, given the size of the community, his age, and the unique nature of his job as a business agent among other things, no alternative jobs were available. The fact that the wrongful dismissal resulted in a paucity of alternative employment opportunities did not entitle the employer, in its own financial interests, to direct E to mitigate his damages by serving out the notice period in the workplace from which he had been wrongfully dismissed. [126] [137]

The trial judge's reasons in this case reflect a thoughtful and thorough review of the evidence. He made no errors of law and his findings with respect to the reasonableness of E's decision not to accede to the union's demand that he mitigate his damages by returning to the workplace or face dismissal for cause, are amply supported in the evidence. Therefore, the trial judge's decision should be restored. [116] [140]

Cases Cited

By Bastarache J.

Referred to: *Cox v. Robertson* (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640; *Michaud v. RBC Dominion Securities Inc.*, [2003] C.L.L.C. ¶ 210-015, 2002 BCCA 630; *Christianson v. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747; *Farquhar v. Butler Brothers Supplies*

lorsqu'il a refusé d'accepter que le syndicat reconnaisse *ex post facto* qu'il avait droit le 2 janvier à un préavis de 24 mois, mais qu'il devait travailler pour le syndicat pendant ce temps-là. [117] [119-121]

La décision du juge de première instance relative au caractère raisonnable du refus de E de limiter son préjudice en retournant au travail chez son ancien employeur reposait sur neuf facteurs, tous étayés par la preuve. De même, il n'y a aucune raison d'infirmer la conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle E a agi d'une façon raisonnable lors de ses négociations avec le syndicat. On ne peut attacher d'importance au fait que E n'a pas expressément formulé, pendant les négociations, les neuf raisons mentionnées par le juge de première instance comme justification de son refus de retourner au travail. Le fait que E était disposé à retourner au travail si l'on annulait sa lettre de congédiement ne constitue pas non plus une attente déraisonnable, ni un aveu que le congédiement n'a pas eu d'incidence sur ses relations de travail. [135-136]

Il incombait à l'employeur de démontrer que E n'avait pas fait des efforts raisonnables pour trouver un emploi. Le juge de première instance a conclu que E avait fait des efforts suffisants mais que, compte tenu de la taille de la collectivité, de l'âge de E et du caractère particulier de son travail d'agent d'affaires, aucun autre emploi ne s'offrait à lui. Le fait que le congédiement injustifié ait eu pour conséquence une rareté des possibilités d'emploi de remplacement n'autorisait pas l'employeur, dans son propre intérêt financier, à ordonner à E de limiter son préjudice en travaillant durant toute sa période de préavis à l'endroit où il avait été injustement congédié. [126] [137]

Les motifs du juge de première instance en l'espèce témoignent d'un examen réfléchi et approfondi de la preuve. Il n'a commis aucune erreur de droit et ses conclusions relatives au caractère raisonnable de la décision de E de ne pas donner suite à la demande du syndicat de limiter son préjudice en reprenant son poste sans quoi il ferait l'objet d'un congédiement motivé sont largement étayées par la preuve. Par conséquent, la décision du juge de première instance devrait être rétablie. [116] [140]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Cox c. Robertson* (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640; *Michaud c. RBC Dominion Securities Inc.*, [2003] C.L.L.C. ¶ 210-015, 2002 BCCA 630; *Christianson c. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747; *Farquhar c. Butler*

Ltd. (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89; *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Mifsud v. MacMillan Bathurst Inc.* (1989), 70 O.R. (2d) 701; *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33.

By Abella J. (dissenting)

Cox v. Robertson (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640; *Farquhar v. Butler Brothers Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Cemco Electrical Manufacturing Co. v. Van Snellenberg*, [1947] S.C.R. 121; *Christianson v. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747; *Smith v. Aker Kvaerner Canada Inc.*, [2005] B.C.J. No. 150 (QL), 2005 BCSC 117; *De Francesco v. Barnum* (1890), 45 Ch. D. 430; *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; *Forshaw v. Aluminex Extrusions Ltd.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 140; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802.

Authors Cited

Cheshire, G. C., C. H. S. Fifoot and M. P. Furmston. *The Law of Contract*, 8th ed. London: Butterworths, 1972.

England, Geoffrey. "Recent Developments in the Law of the Employment Contract: Continuing Tension Between the Rights Paradigm and the Efficiency Paradigm" (1994-95), 20 *Queen's L.J.* 557.

Fudge, Judy. "The Limits of Good Faith in the Contract of Employment: From *Addis* to *Vorvis* to *Wallace* and Back Again?" (2007), 32 *Queen's L.J.* 529.

Harris, David. *Wrongful Dismissal*, vol. 2, loose-leaf ed. Toronto: Thomson Carswell (updated 2005, release 8).

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book (updated October 2004, release 13).

APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (Saunders, Smith and Thackray JJ.A.) (2006), 231 B.C.A.C. 19, 381 W.A.C. 19, 53 C.C.E.L. (3d) 177, [2006] C.L.L.C. ¶ 210-045, [2006] Y.J. No. 90 (QL), 2006 CarswellYukon 86, 2006 YKCA 14, reversing a decision of Gower J., [2005] Y.J.

Brothers Supplies Ltd. (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89; *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Mifsud c. MacMillan Bathurst Inc.* (1989), 70 O.R. (2d) 701; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Cox c. Robertson (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640; *Farquhar c. Butler Brothers Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Darbishire c. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Cemco Electrical Manufacturing Co. c. Van Snellenberg*, [1947] R.C.S. 121; *Christianson c. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747; *Smith c. Aker Kvaerner Canada Inc.*, [2005] B.C.J. No. 150 (QL), 2005 BCSC 117; *De Francesco c. Barnum* (1890), 45 Ch. D. 430; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; *Forshaw c. Aluminex Extrusions Ltd.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 140; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802.

Doctrine

Cheshire, G. C., C. H. S. Fifoot and M. P. Furmston. *The Law of Contract*, 8th ed. London : Butterworths, 1972.

England, Geoffrey. « Recent Developments in the Law of the Employment Contract : Continuing Tension Between the Rights Paradigm and the Efficiency Paradigm » (1994-1995), 20 *Queen's L.J.* 557.

Fudge, Judy. « The Limits of Good Faith in the Contract of Employment : From *Addis* to *Vorvis* to *Wallace* and Back Again? » (2007), 32 *Queen's L.J.* 529.

Harris, David. *Wrongful Dismissal*, vol. 2, loose-leaf ed. Toronto : Thomson Carswell (updated 2005, release 8).

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto : Canada Law Book (updated October 2004, release 13).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Yukon (les juges Saunders, Smith et Thackray) (2006), 231 B.C.A.C. 19, 381 W.A.C. 19, 53 C.C.E.L. (3d) 177, [2006] C.L.L.C. ¶ 210-045, [2006] Y.J. No. 90 (QL), 2006 CarswellYukon 86, 2006 YKCA 14, qui a infirmé une décision du juge Gower,

No. 106 (QL), 2005 YKSC 71. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

Eugene Meehan, Q.C., and *Marie-France Major*, for the appellant.

Leo B. McGrady, Q.C., and *Christopher J. Foy*, for the respondent.

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

[1] BASTARACHE J. — This appeal concerns an employee's duty to mitigate damages for wrongful dismissal. In particular, the Court is asked to determine whether an employee who has been wrongfully dismissed is required to mitigate damages by returning to work for the same employer who terminated the employment contract.

Facts

[2] The appellant, Donald Evans, was employed for over 23 years as a business agent in the respondent union's Whitehorse office. He was one of two employees in this office; the other was his wife, Ms. Barbara Evans. Mr. Evans was dismissed on January 2, 2003 after the election of a new union executive. During the election campaign, held in December 2002, Mr. Evans supported the incumbent president, who was defeated.

[3] Prior to taking office on January 1, 2003, the incoming president, Mr. Hennessy, asked the union's legal counsel, Mr. McGrady, for an opinion regarding the termination of six employees, including Mr. Evans and three other business agents located in other cities. In a letter dated December 31, 2002, counsel suggested that a court would find that Mr. Evans was an "indefinite term employee" and that the union's severance pay plan was "not a substitute for the Local's obligation to provide working notice or pay in lieu of notice". He also suggested the wording of a letter to be sent to the four business agents.

[2005] Y.J. No. 106 (QL), 2005 YKSC 71. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

Eugene Meehan, c.r., et *Marie-France Major*, pour l'appelant.

Leo B. McGrady, c.r., et *Christopher J. Foy*, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE BASTARACHE — Ce pourvoi concerne l'obligation pour un employé de limiter le préjudice causé par un congédiement injustifié. On demande plus précisément à la Cour de déterminer si un employé congédié sans motif valable peut être tenu de limiter son préjudice en recommençant à travailler pour l'employeur qui avait mis fin au contrat de travail.

Les faits

[2] L'appelant, M. Donald Evans, a été employé pendant plus de 23 ans à titre d'agent d'affaires au bureau du syndicat intimé situé à Whitehorse. Il était l'un des deux employés travaillant à ce bureau; l'autre était son épouse, M^me^ Barbara Evans. M. Evans a été congédié le 2 janvier 2003 après l'élection des nouveaux dirigeants syndicaux. Pendant la campagne électorale, qui s'est déroulée en décembre 2002, M. Evans avait soutenu le président sortant, qui a été défait.

[3] Avant son entrée en fonction le 1^er^ janvier 2003, le nouveau président, M. Hennessy, a demandé à l'avocat du syndicat, M. McGrady, un avis sur le licenciement de six employés, notamment M. Evans et trois autres agents d'affaires exerçant leurs fonctions dans d'autres villes. Dans une lettre datée du 31 décembre 2002, l'avocat a indiqué qu'un tribunal conclurait selon lui que M. Evans était un [TRADUCTION] « employé à durée indéterminée » et que le régime d'indemnité de départ du syndicat « ne pouvait pas remplacer l'obligation du syndicat de donner un préavis ou une indemnité de préavis ». Il a également suggéré la formulation de la lettre qui devrait être envoyée aux quatre agents d'affaires.

[4] On January 2, 2003, Mr. Hennessy faxed a letter to Mr. Evans. This letter was almost entirely in the form suggested by counsel, but did not include the clause regarding working notice. The letter could not have come as a surprise to Mr. Evans because earlier that day he had received a copy of Mr. McGrady's opinion letter, "leaked" by somebody at the union's main office in Delta.

[5] As promised in his letter, Mr. Hennessy telephoned Mr. Evans later that same day to "commence . . . discussions". This conversation was surreptitiously tape recorded by Mr. Evans.

[6] Mr. Evans' legal counsel, Mr. Macdonald, wrote a letter to Mr. Hennessy on January 3, 2003. He submitted that Mr. Evans was entitled to reasonable notice of the termination of his employment. He said that Mr. Evans was prepared to accept 24 months' notice of termination and suggested that this could be granted through 12 months of continued employment followed by a payment of 12 months of salary in lieu of notice.

[7] Subsequent to this proposal there was a continuing exchange of correspondence between the lawyers, but no resolution was reached. Mr. McGrady insisted that the original letter of January 2, 2003 "was not intended as a termination without notice", while Mr. Macdonald questioned that position, but pushed for negotiations. In the meantime, the union continued to pay Mr. Evans his salary and benefits, a fact which added a wrinkle to the ongoing discussions. Further, Mr. Evans stated during this period that he wanted a settlement which would see him retire and his wife replace him as the union's business agent.

[8] Mr. McGrady stated the following in a letter dated May 23, 2003:

I am replying to your letter of May 12, 2003. My client is unable to agree to Ms. Evans' demands, for reasons that are too extensive to enumerate. There appears to be no basis for further negotiations.

[4] Le 2 janvier 2003, M. Hennessy a fait parvenir par télécopieur une lettre à M. Evans. Cette lettre reprenait presque intégralement la formulation suggérée par l'avocat, mais sans la clause relative au préavis. La réception de cette lettre ne pouvait être une surprise pour M. Evans, qui avait reçu plus tôt le même jour une copie de l'avis de M. McGrady par l'entremise d'une personne se trouvant au bureau principal du syndicat à Delta.

[5] Ainsi qu'il l'annonçait dans sa lettre, M. Hennessy a téléphoné à M. Evans plus tard le même jour pour [TRADUCTION] « amorcer des discussions ». Cette conversation a été enregistrée par M. Evans sans qu'il en informe son interlocuteur.

[6] L'avocat de M. Evans, M. Macdonald, a écrit à M. Hennessy le 3 janvier 2003. Il faisait valoir dans sa lettre que M. Evans avait droit à un préavis raisonnable de congédiement. Il précisait que M. Evans était disposé à accepter un préavis de 24 mois, en indiquant que cela pourrait prendre la forme d'un maintien en poste de 12 mois suivi du versement d'une indemnité de préavis de 12 mois de salaire.

[7] Cette proposition a été suivie d'une correspondance entre les avocats, sans qu'on parvienne à une solution. M. McGrady a souligné que la lettre initiale du 2 janvier 2003 [TRADUCTION] « n'était pas censée constituer un congédiement sans préavis », alors que M. Macdonald a mis en question cette affirmation, tout en se montrant très désireux de négocier. Dans l'intervalle, le syndicat a continué de verser à M. Evans son salaire et ses avantages sociaux, ce qui a ajouté à la difficulté des discussions en cours. En outre, M. Evans a déclaré pendant cette période souhaiter arriver à un règlement suivant lequel il prendrait sa retraite et son épouse le remplacerait au poste d'agent d'affaires du syndicat.

[8] Monsieur McGrady a écrit ce qui suit dans une lettre datée du 23 mai 2003 :

[TRADUCTION] En réponse à votre lettre du 12 mai 2003, mon client est incapable d'accéder aux demandes de M^{me} Evans, pour des raisons qu'il serait trop long d'énumérer. Rien ne semble justifier la poursuite des négociations.

On behalf of the Local, we request that Mr. Evans return to his employment no later than June 1, 2003, to serve out the balance of his notice period of 24 months. To be clear, the total notice period is the 24 months from January 1, 2003 until and including December 31, 2004.

If Mr. Evans refuses to return no later than June 1, 2003, my client will treat that refusal as just cause, and formally terminate him without notice.

We will also amend the Statement of [Defence] adding a claim, amongst others, that he has failed to mitigate his loss by rejecting this return to work.

[9] Mr. Macdonald, in a letter also dated May 23, 2003, asked to be provided with documentation "evidencing that Mr. Evans was ever given 24 months notice of termination of his employment". Mr. Macdonald wrote a second letter to Mr. McGrady on the same date in which he said:

At this time, we consider the employer's position outlined in your May 23, 2003 letter to be an attempt to accept the settlement proposal that was conveyed to Mr. Hennessy by our letter dated January 3, 2003. You will recall that in that letter we indicated that Mr. Evans was prepared to accept 24 months notice of termination of employment as an alternative to litigation.

If Mr. Evans is now to consider accepting the employer's offer to mitigate his damages by continuing his employment for a period of 24 months commencing January 1, 2003, one issue that must also be resolved is the continued status of Ms. Evans.

[10] Mr. McGrady replied on May 27, 2003 that the union had "no plans to suspend, discipline or lay off Ms. Evans", but that it was not prepared to negotiate any special arrangements with her. It thus appeared to Mr. McGrady that "there is no further point in negotiating with respect to Ms. Evans, or Mr. Evans". In a second letter of the same date, Mr. McGrady informed Mr. Macdonald that the union was requesting that Mr. Evans return to work on June 1, 2003 and that in doing so he would "be working through the 24-month notice period

Au nom du syndicat local, nous demandons que M. Evans réintègre son emploi au plus tard le 1er juin 2003, pour s'acquitter du reste de sa période de préavis de 24 mois. Pour que tout soit bien clair, le préavis est d'une durée totale de 24 mois, à compter du 1er janvier 2003 jusqu'au 31 décembre 2004 inclusivement.

Si M. Evans refuse de reprendre le travail au plus tard le 1er juin 2003, mon client considérera ce refus comme un motif valable et mettra officiellement fin à son emploi, sans préavis.

Nous modifierons aussi la [défense] en y ajoutant notamment qu'il a refusé de limiter son préjudice en rejetant ce retour au travail.

[9] Dans une lettre elle aussi datée du 23 mai 2003, M. Macdonald a demandé à son confrère de lui fournir des documents [TRADUCTION] « établissant que l'on aurait donné à M. Evans un préavis de congédiement de 24 mois ». M. Macdonald a fait parvenir le même jour une seconde lettre à M. McGrady, dans laquelle il écrivait ce qui suit :

[TRADUCTION] À l'heure actuelle, nous considérons la position de l'employeur décrite dans votre lettre du 23 mai 2003 comme une tentative en vue d'accepter la proposition de règlement communiquée à M. Hennessy dans notre lettre du 3 janvier 2003. Comme vous vous en souviendrez, nous indiquions dans cette lettre que M. Evans était disposé à accepter un préavis de cessation d'emploi de 24 mois plutôt que de recourir aux tribunaux.

Pour que M. Evans envisage maintenant d'accepter l'offre de l'employeur de limiter son préjudice en continuant d'exercer son emploi pour une période de 24 mois à compter du 1er janvier 2003, une question qui devra également être résolue est celle du maintien de l'emploi de Mme Evans.

[10] Le 27 mai 2003, M. McGrady répondait que le syndicat n'envisageait aucunement [TRADUCTION] « de suspendre Mme Evans, de prendre des mesures disciplinaires contre elle ou de la licencier », mais n'était pas disposé pour autant à négocier à son égard des mesures spéciales, quelles qu'elles soient. M. McGrady en concluait que [TRADUCTION] « il n'était plus utile de négocier au sujet de Mme Evans ou de M. Evans ». Dans une seconde lettre envoyée le même jour, M. McGrady informait M. Macdonald que le syndicat demandait à M. Evans

from January 1, 2003 through to December 31, 2004".

[11] Mr. Macdonald responded on May 30, 2003, stating that Mr. Evans would return to work provided the union "immediately rescinds and withdraws" its termination letter of January 2, 2003. Mr. McGrady replied that the union was not prepared to withdraw its notice of termination. Mr. Macdonald then declared that Mr. Evans had never "received 24 months notice of the termination of his employment", and therefore "he cannot rationally be expected to respond positively to your client's directive to return to work".

[12] The exchange of correspondence ended with a letter from Mr. McGrady to Mr. Macdonald dated June 2, 2003 in which he stated that the union would be pleading that Mr. Evans had failed to mitigate his loss by declining to return to work.

Judicial History

Yukon Territory Supreme Court, [2005] Y.J. No. 106 (QL), 2005 YKSC 71

[13] Gower J. found that the termination letter of January 2, 2003 had the effect of repudiating the employment contract and putting it to an end. He also found that Mr. Evans was an indefinite term employee and that the union was obliged to provide him with reasonable notice or pay in lieu of notice.

[14] With respect to the telephone conversation between Mr. Hennessy and Mr. Evans on January 2, 2003, Gower J. found that Mr. Hennessy was attempting to negotiate a renewal of Mr. Evans' employment for a fixed term. He concluded that what the union had done was terminate Mr. Evans with the letter and then attempt to rehire him for an additional term with the phone call. However, the negotiations to enter into the new contract of employment ultimately failed. Thus, the union's

de reprendre le travail le 1er juin 2003, et qu'il se trouverait ainsi à [TRADUCTION] « travailler pendant toute la période de préavis de 24 mois, soit du 1er janvier 2003 au 31 décembre 2004 ».

[11] Monsieur Macdonald a répondu le 30 mai 2003 en disant que M. Evans retournerait au travail à la condition que le syndicat [TRADUCTION] « annule et retire immédiatement » sa lettre de congédiement du 2 janvier 2003. M. McGrady a répondu que le syndicat n'entendait pas retirer son avis de congédiement. M. Macdonald a alors déclaré que M. Evans n'avait jamais [TRADUCTION] « reçu un avis de congédiement de 24 mois » et que par conséquent, [TRADUCTION] « on ne peut rationnellement s'attendre à une réponse positive de sa part à la directive de votre client concernant son retour au travail ».

[12] La correspondance s'est terminée par une lettre de M. McGrady à M. Macdonald datée du 2 juin 2003. Il y écrivait que le syndicat plaiderait que M. Evans, en refusant de reprendre son travail, n'avait pas tenté de limiter son préjudice.

Les décisions des tribunaux inférieurs

Cour suprême du Territoire du Yukon, [2005] Y.J. No. 106 (QL), 2005 YKSC 71

[13] Le juge Gower a conclu que la lettre de congédiement du 2 janvier 2003 a entraîné la résiliation du contrat de travail et y a mis fin. Il a également conclu que M. Evans était un employé à durée indéterminée et que le syndicat était tenu de lui donner un préavis raisonnable ou de lui verser une indemnité de préavis.

[14] En ce qui a trait à la conversation téléphonique du 2 janvier 2003 entre M. Hennessy et M. Evans, le juge Gower a estimé que M. Hennessy avait essayé de négocier le renouvellement de l'emploi de M. Evans pour une durée déterminée. Selon le juge, le syndicat a congédié M. Evans par la lettre, puis a tenté de l'engager de nouveau pour une durée additionnelle lors de la conversation téléphonique. Mais les négociations sur la conclusion d'un nouveau contrat de travail n'ont finalement pas abouti.

termination of Mr. Evans' employment on January 2, 2003 was without cause and without reasonable notice and therefore constituted a wrongful dismissal.

[15] Gower J. found that the appropriate period of notice for Mr. Evans was 22 months. He was, however, unable to conclude that the union had acted in bad faith in the manner of its termination and, as a result of this finding, declined to extend the required notice period to account for the nature of the dismissal.

[16] Regarding whether Mr. Evans had failed to mitigate his damages, Gower J. stated the following (at para. 67):

> . . . I was not particularly impressed by the efforts of Mr. Evans to obtain alternate employment. However, I am also not satisfied that the Union has met the "relatively high standard of proof" that not only did Mr. Evans fail to make reasonable efforts to find work, but that had he done so, he likely would have found comparable alternative employment in the Yukon. I agree that he put minimal effort into the task, but there is little or no evidence that it would have made a difference if he had done more.

[17] Gower J. also noted, with respect to Mr. Evans' failure to return to work with the union on June 2, 2003, that Mr. Evans had been prepared to resume his employment, providing the union rescinded the termination letter and he was able to return to his previous status as an indefinite term employee, as was the case with Mr. Owens (another of the terminated business agents). In the view of Gower J., these were not unreasonable expectations, nor was Mr. Evans' decision not to return to work when the union refused to meet the requests. He further found that although the union had argued extensively that there was ample evidence showing that Mr. Evans had nothing to fear from a continued relationship with Mr. Hennessy and the new executive, there were in fact a number of factors supporting the reasonableness of Mr. Evans' apprehensions.

[18] In his discussion of the mitigation issue, Gower J. acknowledged a number of cases that the

Le congédiement de M. Evans par le syndicat le 2 janvier 2003 était donc injustifié, étant donné l'absence de motif valable et de préavis raisonnable.

[15] Le juge Gower est arrivé à la conclusion que M. Evans aurait dû recevoir un préavis de 22 mois. Il s'est cependant déclaré incapable de conclure que le syndicat avait fait preuve de mauvaise foi dans la manière dont il avait procédé au congédiement, et a pour cette raison refusé de prolonger la période de préavis requise pour tenir compte de la nature du congédiement.

[16] Au sujet de l'absence de limitation de son préjudice par M. Evans, le juge Gower a déclaré ce qui suit (par. 67) :

> [TRADUCTION] . . . je n'ai pas été particulièrement impressionné par les efforts de M. Evans pour trouver un autre emploi. Par contre, je ne suis pas non plus convaincu que le syndicat ait satisfait à la « norme de preuve relativement élevée » suivant laquelle, non seulement M. Evans n'a pas fait d'efforts raisonnables pour trouver un emploi, mais s'il l'avait fait, il aurait sans doute trouvé un autre emploi comparable au Yukon. Je conviens qu'il a consacré bien peu d'efforts à cette recherche, mais il n'y a pas vraiment de preuve que le résultat aurait été différent s'il en avait fait davantage.

[17] Le juge Gower a aussi souligné, au sujet du refus de M. Evans de retourner travailler pour le syndicat le 2 juin 2003, que ce dernier était disposé à reprendre son travail, à la condition que le syndicat annule la lettre de congédiement et qu'il puisse retrouver sa situation d'employé à durée indéterminée, comme M. Owens (un autre des agents d'affaires congédiés). De l'avis du juge Gower, ces attentes n'avaient rien de déraisonnable, non plus que la décision de M. Evans de ne pas retourner au travail lorsque le syndicat a refusé d'accéder à ses demandes. Et bien que le syndicat eût plaidé avec insistance qu'il avait été amplement établi que M. Evans n'avait rien à craindre du maintien de la relation avec M. Hennessy et la nouvelle direction, plusieurs facteurs indiquaient selon le juge que les craintes de M. Evans étaient fondées.

[18] Dans son analyse de la question de la limitation du préjudice, le juge Gower a pris acte d'un

union said indicated that a dismissed employee may have a duty to mitigate by returning to the same employer who dismissed him or her, even where a wrongful dismissal action has been commenced. He pointed out, however, that most of those cases were constructive dismissal situations and that they were therefore distinguishable for that reason alone. Further, in *Cox v. Robertson* (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640, one of the few cases on this point that did not involve a constructive dismissal, it had been held that the duty to accept employment "will arise infrequently" (para. 11). Finally, *Michaud v. RBC Dominion Securities Inc.*, [2003] C.L.L.C. ¶ 210-015, 2002 BCCA 630, was also distinguishable since Mr. Evans believed the working relationship had been poisoned by the circumstances surrounding his termination, while in *Michaud* the relationship between employee and employer remained amicable. Gower J. stated that while some of Mr. Evans' fears about his relationship with the union may have been overstated in this case, they were not without foundation and were therefore not unreasonable. He concluded as follows (at para. 93):

> Reading all of these cases together, it appears that it is truly the rare case when wrongfully dismissed employees will be considered in breach of their duty to mitigate their damages by failing to return to the employment from which they had been dismissed. I find that, in all of the circumstances, Mr. Evans did not breach his duty to mitigate by failing to return to the Union's employment after he was terminated.

[19] Gower J. ultimately found that the union had not satisfied the relatively high standard of proof required to show that Mr. Evans had failed to mitigate his damages.

Yukon Court of Appeal (2006), 231 B.C.A.C. 19, 2006 YKCA 14

[20] Thackray J.A., writing for a unanimous court, noted that the trial judge had found that Mr. Evans was not qualified for other jobs in Whitehorse and

certain nombre de décisions qui, selon le syndicat, indiquaient qu'un employé congédié peut avoir l'obligation de limiter son préjudice en retournant travailler pour l'employeur qui l'a congédié, même lorsqu'une action en congédiement injustifié a été intentée. Le juge a souligné toutefois que la plupart de ces décisions portaient sur des cas de congédiement déguisé et que, pour cette seule raison, elles n'étaient pas applicables en l'espèce. En outre, il avait été décidé dans *Cox c. Robertson* (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640, une des rares décisions sur cette question ne portant pas sur un congédiement déguisé, que l'obligation d'accepter un emploi [TRADUCTION] « ne se présentera pas souvent » (par. 11). Finalement, l'arrêt *Michaud c. RBC Dominion Securities Inc.*, [2003] C.L.L.C. ¶ 210-15, 2002 BCCA 630, n'était pas non plus applicable puisque M. Evans croyait que la relation de travail avait été empoisonnée par les circonstances de son congédiement, alors que dans *Michaud* la relation entre l'employé et l'employeur était restée amicale. Le juge Gower a estimé que, même si certaines des craintes de M. Evans au sujet de sa relation avec le syndicat ont peut-être été exagérées en l'espèce, elles n'étaient pas sans fondement et, partant, n'étaient pas déraisonnables. Il a conclu ce qui suit (par. 93) :

> [TRADUCTION] Il ressort de ces décisions, prises dans leur ensemble, que des employés congédiés sans motif valable seront très rarement considérés comme ayant manqué à leur obligation de limiter leur préjudice pour n'avoir pas réintégré l'emploi dont ils avaient été congédiés. Je conclus que, dans l'ensemble des circonstances, M. Evans n'a pas manqué à son obligation de limitation du préjudice en ne retournant pas travailler pour le syndicat après avoir été congédié.

[19] Le juge Gower est en dernière analyse arrivé à la conclusion que le syndicat n'avait pas satisfait à la norme de preuve relativement élevée exigée pour démontrer que M. Evans n'avait pas limité son préjudice.

Cour d'appel du Yukon (2006), 231 B.C.A.C. 19, 2006 YKCA 14

[20] Le juge Thackray, qui a rédigé la décision unanime de la Cour d'appel, a constaté que, selon le juge de première instance, M. Evans n'était pas

had not even attempted to seek alternate employment. In his view, these factual determinations were highly relevant to the legal question of whether Mr. Evans had a legal duty to mitigate his damages by accepting re-employment with the union. Thackray J.A. stated the following (at paras. 38-39):

> When all of the evidence is considered, it is clear that there was a job open for Mr. Evans and that he would be paid for two years from 1 January 2003. It is equally clear that this was known to Mr. Evans. The job was available to Mr. Evans on essentially the same terms that he had held it before. Thus, the trial judge overlooked important relevant evidence and, as a result, reached an erroneous conclusion on this question that is "plainly seen": see *Housen v. Nikolaisen et al.*, [2002] 2 S.C.R. 235; . . . at paras. 6, 10.
>
> The key difference, of course, was that he would be working in a politically charged environment under the ticking clock of a two-year notice period. This raises the second part of the equation: namely, was it reasonable of Mr. Evans, in these circumstances, to refuse the job?

[21] Thackray J.A. agreed with the union's position that "there was a bona fide opportunity for Mr. Evans to accept the position of business agent on June 2, 2003 in order to mitigate his damages" (para. 41). He held that while the trial judge was correct in finding that Mr. Evans was prepared to return to work if the union rescinded the termination letter, this condition was, on the evidence, an unreasonable expectation.

[22] He also referenced the cases the union had relied on to show that a former employee may have a duty to mitigate by returning to work for the same employer, even where a wrongful dismissal action has been commenced. The trial judge had said that most of those cases were constructive dismissal situations and were therefore distinguishable for that reason alone. Thackray J.A. rejected this conclusion, stating (at para. 52):

qualifié pour exercer d'autres emplois à Whitehorse et n'avait même pas essayé de trouver un autre travail. Or pour le juge Thackray, ces conclusions de fait étaient extrêmement pertinentes par rapport à la question de savoir si M. Evans était légalement tenu de limiter son préjudice en acceptant de réintégrer son emploi auprès du syndicat. Il s'est exprimé en ces termes (par. 38-39) :

> [TRADUCTION] Il ressort clairement de l'ensemble de la preuve qu'un poste était offert à M. Evans et qu'il serait rémunéré pour une période de deux ans à compter du 1er janvier 2003. Il est tout aussi clair que M. Evans était au courant de ces faits. Le poste était offert à M. Evans essentiellement aux mêmes conditions que celui qu'il avait occupé auparavant. Le juge de première instance a ainsi négligé de tenir compte d'importants éléments pertinents et, par conséquent, est arrivé sur cette question à une conclusion erronée qui est « évidente » : voir *Housen c. Nikolaisen et al.*, [2002] 2 R.C.S. 235; [. . .] par. 6 et 10.
>
> La principale différence, naturellement, c'est qu'il aurait alors travaillé dans un climat politiquement tendu, sous le coup d'un préavis inexorable de deux ans. Ce qui nous amène à la deuxième partie de l'équation, à savoir était-il raisonnable pour M. Evans, dans les circonstances, de refuser le poste?

[21] Le juge Thackray a accepté la thèse du syndicat, pour qui [TRADUCTION] « M. Evans s'est vu offrir une véritable possibilité d'accepter le poste d'agent d'affaires le 2 juin 2003 afin de limiter son préjudice » (par. 41). Il a estimé que si le juge de première instance avait eu raison de conclure que M. Evans était disposé à reprendre le travail si le syndicat annulait la lettre de congédiement, cette condition constituait, selon la preuve, une attente déraisonnable.

[22] Il a également fait état des décisions invoquées par le syndicat pour établir qu'un ancien employé peut avoir l'obligation de limiter son préjudice en retournant travailler pour le même employeur, même lorsqu'une action pour congédiement injustifié a déjà été engagée. Le juge de première instance avait indiqué que la plupart de ces décisions concernaient des cas de congédiement déguisé et qu'elles étaient inapplicables en l'espèce pour ce seul motif. Le juge Thackray a rejeté cette conclusion en affirmant ce qui suit (par. 52) :

I cannot find any support in the case law for the proposition that constructive dismissal cases are distinguishable from express dismissal cases per se. While it is a distinguishing factor, the principles are the same in both types of dismissal. Nor do I find support for the proposition that it will only be the "rare" case where a terminated employee is not obliged to return to his former employer in order to mitigate his damages. Where the facts of the case, viewed objectively, warrant it, mitigation requires just that.

[TRADUCTION] Je ne trouve dans la jurisprudence rien qui puisse justifier la proposition suivant laquelle les causes de congédiement déguisé doivent en soi être distinguées des causes de congédiement explicite. Bien qu'il s'agisse d'un facteur de différenciation, les principes sont les mêmes dans les deux types de congédiement. Je ne trouve rien non plus qui puisse justifier la proposition suivant laquelle il serait « rare » qu'un employé congédié ne soit pas tenu de retourner travailler pour son ancien employeur afin de limiter son préjudice. Lorsque les faits de l'espèce, considérés objectivement, le justifient, c'est précisément ce qu'exige la limitation du préjudice.

[23] Ultimately, Thackray J.A. held that the evidence did not support the conclusion that Mr. Evans' circumstances, viewed objectively, justified his refusal to resume employment with the union. He noted that the fact that Mr. Evans was prepared to resume his old job was never in doubt and it had never been contended otherwise. Mr. Evans had failed to act reasonably with respect to the job offer made to him by the union, and this constituted a failure to mitigate his damages.

[23] Le juge Thackray a finalement estimé que la preuve ne permettait pas de conclure que la situation de M. Evans, considérée objectivement, justifiait son refus de reprendre son emploi auprès du syndicat. Il a souligné que le fait que M. Evans était disposé à reprendre son ancien travail n'avait jamais fait le moindre doute et que nul n'avait jamais prétendu le contraire. M. Evans n'avait pas agi d'une manière raisonnable quant à l'offre d'emploi du syndicat et avait ainsi omis de limiter son préjudice.

Analysis

Analyse

[24] On appeal to this Court, the appellant argues that cases requiring that an employee mitigate damages by returning to the same employer deal primarily with individuals who have been constructively dismissed. He says that the trial judge was correct in finding that those cases must be distinguished from others in which the employee has been wrongfully dismissed. In support of this position, the appellant cites a judgment by the Alberta Court of Appeal in which it was held that in wrongful dismissal cases "the plaintiff need not mitigate damages by . . . going back to the employer who fired him or her" (*Christianson v. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747, at p. 750). The British Columbia Court of Appeal appeared to make a similar finding in *Farquhar v. Butler Brothers Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89, at p. 93, stating that although a constructively dismissed employee may at times be required to mitigate by returning to the same employer, there is "normally no question" that an employee will be

[24] Dans son pourvoi devant cette Cour, l'appelant soutient que la jurisprudence selon laquelle l'employé est tenu de limiter son préjudice en retournant travailler pour le même employeur concerne principalement des personnes victimes d'un congédiement déguisé. D'après lui, le juge de première instance a eu raison de conclure que ces décisions doivent être distinguées de certaines autres dans lesquelles l'employé avait été congédié sans motif valable. À l'appui de cette prétention, l'appelant cite un jugement de la Cour d'appel de l'Alberta selon lequel, dans les cas de congédiement injustifié, [TRADUCTION] « le demandeur n'a pas à limiter son préjudice en [. . .] retournant travailler pour l'employeur qui l'a congédié » (*Christianson c. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747, p. 750). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a semblé arriver à une conclusion analogue dans *Farquhar c. Butler Brothers Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89, p. 93, en déclarant que, si un employé ayant fait l'objet d'un congédiement

required to do so where there has been a wrongful dismissal.

[25] Ten years after *Farquhar*, however, the British Columbia Court of Appeal accepted that even a wrongfully dismissed employee could be required to mitigate by accepting re-employment with his or her former employer on a temporary basis. While the court in *Cox* held that on the facts before it a dismissed dental assistant did not need to return to work for the same dentist, its decision clearly contemplated that such mitigation may in some circumstances be required of wrongfully dismissed employees. In that case, the court applied the same principles it articulated in *Farquhar*, notwithstanding the fact that the earlier case dealt with a constructive dismissal while the facts before it concerned a wrongful dismissal.

[26] In my view, the British Columbia Court of Appeal was correct to apply the same principles to both constructively dismissed and wrongfully dismissed employees. The key element is that in both situations the employer has ended the employment contract without notice. Indeed the very purpose behind recognizing constructive dismissal is to acknowledge that where an employer unilaterally imposes substantive changes to an employment contract, the employee has the right to treat the imposition of those changes as termination. This termination is every bit as "real" as if the employee were actually told of the dismissal and is, accordingly, accompanied by the same right to claim for damages in lieu of notice:

> Where an employer decides unilaterally to make substantial changes to the essential terms of an employee's contract of employment and the employee does not agree to the changes and leaves his or her job, the

déguisé peut dans certains cas avoir l'obligation de limiter son préjudice en retournant travailler pour le même employeur, il [TRADUCTION] « n'est normalement pas question » qu'un employé soit tenu de le faire dans le cas d'un congédiement injustifié.

[25] Dix ans après *Farquhar*, cependant, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique reconnaissait que même un employé victime d'un congédiement injustifié pouvait être tenu de limiter son préjudice en acceptant de reprendre temporairement son emploi auprès de son ancien employeur. Même si la cour, dans *Cox*, a conclu au vu des faits de l'espèce qu'une assistante dentaire congédiée n'était pas tenue de retourner travailler pour le même dentiste, il ressort clairement de sa décision qu'une telle limitation du préjudice pourrait dans certaines circonstances être exigée d'un employé congédié sans motif valable. Dans cette affaire, la Cour d'appel a appliqué les principes qu'elle avait énoncés dans *Farquhar*, en dépit du fait que cette dernière cause portait sur un congédiement déguisé alors que les faits dont elle était saisie concernaient un congédiement injustifié.

[26] À mon avis, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu raison d'appliquer les mêmes principes tant aux employés ayant fait l'objet d'un congédiement déguisé qu'à ceux ayant fait l'objet d'un congédiement injustifié. L'élément clé réside dans le fait que dans les deux situations, l'employeur a mis fin au contrat de travail sans préavis. Du reste, si l'on admet la notion de congédiement déguisé, c'est justement pour reconnaître que lorsqu'un employeur impose unilatéralement des modifications importantes à un contrat de travail, l'employé a le droit de considérer cela comme un congédiement. Ce congédiement est tout aussi « réel » que si l'on annonçait effectivement à l'employé qu'il est congédié, et il entraîne pour cette raison le même droit de réclamer une indemnité de préavis :

> Lorsqu'un employeur décide unilatéralement de modifier de façon substantielle les conditions essentielles du contrat de travail de son employé et que celui-ci n'accepte pas ces modifications et quitte son emploi,

employee has not resigned, but has been dismissed. Since the employer has not formally dismissed the employee, this is referred to as "constructive dismissal". By unilaterally seeking to make substantial changes to the essential terms of the employment contract, the employer is ceasing to meet its obligations and is therefore terminating the contract. The employee can then treat the contract as resiliated for breach and can leave. In such circumstances, the employee is entitled to compensation in lieu of notice and, where appropriate, damages.

(*Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846, at para. 24)

[27] Given that both wrongful dismissal and constructive dismissal are characterized by employer-imposed termination of the employment contract (without cause), there is no principled reason to distinguish between them when evaluating the need to mitigate. Although it may be true that in some instances the relationship between the employee and the employer will be less damaged where constructive rather than wrongful dismissal has occurred, it is impossible to say with certainty that this will always be the case. Accordingly, this relationship is best considered on a case-by-case basis when the reasonableness of the employee's mitigation efforts is being evaluated, and not as a basis for creating a different approach for each type of dismissal.

[28] In my view, the courts have correctly determined that in some circumstances it will be necessary for a dismissed employee to mitigate his or her damages by returning to work for the same employer. Assuming there are no barriers to re-employment (potential barriers to be discussed below), requiring an employee to mitigate by taking temporary work with the dismissing employer is consistent with the notion that damages are meant to compensate for lack of notice, and *not* to penalize the employer for the dismissal itself. The notice period is meant to provide employees with sufficient opportunity to seek new employment and arrange their personal affairs, and employers who provide sufficient working notice are not required to pay an employee just because they have chosen to terminate the contract. Where notice is not given, the employer is required

son départ constitue non pas une démission, mais un congédiement. Vu l'absence de congédiement formel de la part de l'employeur, on qualifie cette situation de « congédiement déguisé ». En effet, en voulant de manière unilatérale modifier substantiellement les conditions essentielles du contrat d'emploi, l'employeur cesse de respecter ses obligations; il se trouve donc à dénoncer ce contrat. Il est alors loisible à l'employé d'invoquer la résiliation pour bris de contrat et de quitter. L'employé a alors droit à une indemnité qui tient lieu de délai-congé et, s'il y a lieu, à des dommages.

(*Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846, par. 24)

[27] Comme le congédiement injustifié et le congédiement déguisé sont tous deux caractérisés par la résiliation (sans motif valable) du contrat de travail imposée par l'employeur, il n'existe sur le plan des principes aucune raison de faire une distinction entre eux lorsqu'on évalue la nécessité de la limitation du préjudice. S'il est sans doute vrai que la relation entre l'employé et l'employeur sera parfois moins détériorée par un congédiement déguisé que par un congédiement injustifié, on ne saurait dire avec certitude que ce sera toujours le cas. Aussi vaut-il mieux considérer cette relation au cas par cas lorsqu'on évalue le caractère raisonnable des efforts de l'employé pour limiter le préjudice, et non établir selon ce critère une approche différente pour chaque type de congédiement.

[28] Selon moi, les tribunaux ont à juste titre déterminé que dans certaines circonstances l'employé congédié devra limiter son préjudice en retournant travailler pour le même employeur. Dans l'hypothèse où il n'existe pas d'obstacles à la reprise de l'emploi (je reviendrai sur les obstacles possibles), le fait de demander à un employé de limiter son préjudice en acceptant un travail temporaire auprès de l'employeur qui l'a congédié s'accorde avec l'idée que les dommages-intérêts constituent une indemnité pour l'absence de préavis, et *ne* visent *pas* à pénaliser l'employeur pour le congédiement lui-même. Le préavis a pour objet de donner à l'employé une possibilité suffisante de chercher un nouvel emploi et d'organiser ses affaires personnelles; l'employeur qui donne un préavis suffisant n'est pas tenu de verser de l'argent à l'employé du simple

to pay damages in lieu of notice, but that requirement is subject to the employee making a reasonable effort to mitigate the damages by seeking an alternate source of income.

[29] There appears to be very little practical difference between informing an employee that his or her contract will be terminated in 12 months' time (i.e. giving 12 months of working notice) and terminating the contract immediately but offering the employee a new employment opportunity for a period of up to 12 months. In both situations, it is expected that the employee will be aware that the employment relationship is finite, and that he or she will be seeking alternate work during the 12-month period. It can also be expected that in both situations the employee will find that continuing to work may be difficult. Nonetheless, it is an accepted principle of employment law that employers are entitled (indeed encouraged) to give employees working notice and that, absent bad faith or other extenuating circumstances, they are not required to financially compensate an employee simply because they have terminated the employment contract. It is likewise appropriate to assume that in the absence of conditions rendering the return to work unreasonable, on an objective basis, an employee can be expected to mitigate damages by returning to work for the dismissing employer. Finding otherwise would create an artificial distinction between an employer who terminates and offers re-employment and one who gives notice of termination and offers working notice. In either case, the employee has an opportunity to continue working for the employer while he or she arranges other employment, and I believe it nonsensical to say that when this ongoing relationship is termed "working notice" it is acceptable but when it is termed "mitigation" it is not.

[30] I do not mean to suggest with the above analysis that an employee should always be required to return to work for the dismissing employer and my qualification that this should only occur where there are no barriers to re-employment is significant. This

fait d'avoir choisi de mettre fin au contrat. Lorsque aucun préavis n'est donné, l'employeur est tenu de verser une indemnité de préavis, à la condition toutefois que l'employé fasse des efforts raisonnables pour limiter le préjudice en cherchant une autre source de revenu.

[29] Il semble y avoir bien peu de différence en pratique entre le fait d'annoncer à un employé que son contrat sera résilié dans 12 mois (c'est-à-dire donner un préavis de 12 mois) et le fait de résilier son contrat immédiatement tout en lui offrant la possibilité d'exercer un nouvel emploi pendant une période maximale de 12 mois. Dans les deux cas, on s'attend à ce que l'employé comprenne que la relation d'emploi a une durée limitée et qu'il lui faudra chercher un autre travail pendant la période de 12 mois. On peut aussi penser que dans les deux cas, l'employé constatera qu'il peut lui être difficile de continuer à travailler. Il n'en demeure pas moins que selon un principe reconnu en droit du travail, les employeurs ont le droit (et y sont en fait encouragés) de donner à leurs employés des préavis et, sauf mauvaise foi ou autres circonstances atténuantes, ils ne sont pas obligés d'indemniser financièrement un employé pour la seule raison qu'ils ont résilié le contrat de travail. Il convient de même de supposer qu'en l'absence de circonstances qui rendent le retour au travail déraisonnable, d'un point de vue objectif, on s'attendra à ce que l'employé limite le préjudice en retournant travailler pour l'employeur qui l'a congédié. Car sinon, on se trouverait à établir une distinction artificielle entre l'employeur qui congédie son employé puis offre de le reprendre à son service, et celui qui donne un avis de cessation d'emploi et offre un préavis. Dans les deux cas, l'employé a la possibilité de continuer à travailler pour l'employeur pendant qu'il cherche un autre emploi, et il serait absurde, je pense, de dire que le maintien de cette relation est acceptable lorsqu'il est qualifié de « préavis » mais ne l'est pas lorsqu'il est qualifié de « limitation du préjudice ».

[30] Il ne faudrait cependant pas déduire de mon analyse qu'un employé devrait toujours être tenu de recommencer à travailler pour l'employeur qui l'a congédié. J'ai précisé que cette obligation vaut uniquement s'il n'existe pas d'obstacle à la reprise

Court has held that the employer bears the onus of demonstrating both that an employee has failed to make reasonable efforts to find work and that work could have been found (*Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324). Where the employer offers the employee a chance to mitigate damages by returning to work for him or her, the central issue is whether a reasonable person would accept such an opportunity. In 1989, the Ontario Court of Appeal held that a reasonable person should be expected to do so "[w]here the salary offered is the same, where the working conditions are not substantially different or the work demeaning, and where the personal relationships involved are not acrimonious" (*Mifsud v. MacMillan Bathurst Inc.* (1989), 70 O.R. (2d) 701, at p. 710). In *Cox*, the British Columbia Court of Appeal held that other relevant factors include the history and nature of the employment, whether or not the employee has commenced litigation, and whether the offer of re-employment was made while the employee was still working for the employer or only after he or she had already left (paras. 12-18). In my view, the foregoing elements all underline the importance of a multi-factored and contextual analysis. The critical element is that an employee "not [be] obliged to mitigate by working in an atmosphere of hostility, embarrassment or humiliation" (*Farquhar*, at p. 94), and it is that factor which must be at the forefront of the inquiry into what is reasonable. Thus, although an objective standard must be used to evaluate whether a reasonable person in the employee's position would have accepted the employer's offer (*Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880), it is extremely important that the non-tangible elements of the situation — including work atmosphere, stigma and loss of dignity, as well as nature and conditions of employment, the tangible elements — be included in the evaluation.

[31] I note that the nature of this inquiry increases the likelihood that individuals who are dismissed as a result of a change to their position (motivated, for example, by legitimate business needs rather than by concerns about performance) will

de l'emploi, et cette réserve est importante. Notre Cour a déjà conclu qu'il incombe à l'employeur de démontrer, d'une part, que l'employé n'a pas fait d'efforts raisonnables pour trouver du travail et, d'autre part, qu'il aurait pu en trouver (*Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324). Si l'employeur offre à l'employé la possibilité de limiter son préjudice en revenant travailler pour lui, la question centrale à trancher est de savoir si une personne raisonnable accepterait une telle offre. En 1989, la Cour d'appel de l'Ontario a estimé qu'il faut s'attendre à ce qu'elle le fasse [TRADUCTION] « [s]i le salaire offert est le même, si les conditions de travail ne sont pas sensiblement différentes ou le travail n'est pas dégradant, et si les relations personnelles ne sont pas acrimonieuses » (*Mifsud c. MacMillan Bathurst Inc.* (1989), 70 O.R. (2d) 701, p. 710). Dans *Cox*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a énoncé d'autres facteurs pertinents : l'historique et la nature de l'emploi, le fait que l'employé ait ou non intenté une action, et le fait que l'offre de reprise de l'emploi ait été faite pendant que l'employé travaillait encore pour l'employeur ou seulement après son départ (par. 12-18). Selon moi, tous ces éléments soulignent l'importance d'une analyse contextuelle tenant compte de plusieurs facteurs. L'élément essentiel, c'est que l'employé ne doit pas [TRADUCTION] « être obligé, pour limiter son préjudice, de travailler dans un climat d'hostilité, de gêne ou d'humiliation » (*Farquhar*, p. 94), et c'est en fonction de ce facteur avant tout qu'il faut déterminer ce qui est raisonnable. Ainsi, même s'il y a lieu de recourir à un critère objectif pour déterminer si une personne raisonnable placée dans la même situation que l'employé aurait accepté l'offre de l'employeur (*Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880), il est de la plus haute importance de prendre en compte, dans l'évaluation, les aspects non tangibles de la situation — y compris le climat de travail, la stigmatisation et la perte de dignité, tout autant que la nature et les conditions de l'emploi, les aspects tangibles.

[31] La nature de cet examen accroît la probabilité qu'on exige plus souvent des personnes congédiées par suite d'un changement apporté à leur poste (motivé, par exemple, par les besoins légitimes de l'entreprise plutôt que par des préoccupations de

be required to mitigate by returning to the same employer more often than those employees who are terminated for some other reason. This is not, however, because these individuals have been constructively dismissed rather than wrongfully dismissed, but rather because the circumstances surrounding the termination of their contract may be far less personal than when dismissal relates more directly to the individuals themselves. This point is illustrated by *Michaud* in which a bank executive was constructively dismissed as a result of an organizational restructuring. The evidence showed that the bank offered the employee another executive position and was anxious to have him continue working for them. Importantly, there was no evidence that the relationship between the employee and the bank was acrimonious or that he would suffer any humiliation or loss of dignity by returning to work while he looked for new employment. As a result, mitigation was required.

rendement) qu'elles limitent leur préjudice en retournant travailler pour le même employeur, qu'on ne l'exigera des employés congédiés pour un autre motif. Ce n'est cependant pas parce que ces personnes ont été victimes d'un congédiement déguisé plutôt que d'un congédiement injustifié. C'est plutôt parce que les circonstances de la résiliation de leur contrat peuvent avoir un caractère bien moins personnel que lorsque le congédiement est lié plus directement à la personne elle-même. On en trouve une illustration dans l'affaire *Michaud*, dans laquelle un cadre bancaire a fait l'objet d'un congédiement déguisé à la suite d'une restructuration organisationnelle. D'après la preuve, la banque avait offert à son employé un autre poste de cadre et tenait beaucoup à ce qu'il demeure à son service. Fait important, rien dans la preuve n'indiquait que la relation entre l'employé et la banque était acrimonieuse ou qu'il subirait une quelconque humiliation ou atteinte à sa dignité s'il revenait au travail pendant sa recherche d'un nouvel emploi. Dans ces conditions, la limitation du préjudice a été jugée nécessaire.

[32] I also note parenthetically that I do not believe that damages awarded by lengthening the notice period because of bad faith conduct in the manner of dismissal (*Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701) should ever be subject to mitigation. These damages, though expressed in terms of an extension to the "notice period", are in fact awarded as a result of the manner in which the employee is terminated and not in recognition of the fact that he or she is entitled to an opportunity to arrange his or her affairs prior to losing all employment income. As a result, the employee's ability to replace the lost income through mitigation is irrelevant, as this does not alter the suffering caused by the means of dismissal. In my view, *Wallace* damages ought therefore to be completely exempt from the need to mitigate.

[32] Je signale aussi, entre parenthèses, qu'à mon avis, l'attribution de dommages-intérêts sous la forme d'une prolongation de la période de préavis en raison d'une conduite de mauvaise foi dans la façon de congédier (*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701) ne devrait jamais être subordonnée à la limitation du préjudice. Ces dommages-intérêts, bien qu'ils soient exprimés en termes de prolongation du « préavis », sont en fait accordés en raison de la façon dont l'employé a été congédié, et non parce que l'on reconnaît qu'il a droit de se voir donner l'occasion d'organiser ses affaires avant de perdre tout revenu d'emploi. La capacité de l'employé de remplacer le revenu perdu par la limitation du préjudice est par conséquent sans pertinence, car elle ne change rien à la souffrance résultant de la façon dont le congédiement a été effectué. Selon moi, les dommages-intérêts du type de ceux dont il était question dans *Wallace* ne devraient donc être aucunement soumis à la nécessité de limiter le préjudice.

[33] In sum, I believe that although both constructively dismissed and wrongfully dismissed

[33] En résumé, j'estime que si les employés victimes d'un congédiement déguisé comme d'un

employees may be required to mitigate their damages by returning to work for the dismissing employer, they are only required to do so where the conditions discussed in para. 30 above are met and the factors mentioned in *Cox* are considered. This kind of mitigation requires "a situation of mutual understanding and respect, and a situation where neither the employer nor the employee is likely to put the other's interests in jeopardy" (*Farquhar*, at p. 95). Further, the reasonableness of an employee's decision not to mitigate will be assessed on an objective standard.

[34] In this case, the trial judge cited case law referring to the requisite objective standard, a fact acknowledged by the Court of Appeal, at para. 47. Gower J. then analysed whether or not Mr. Evans' fears about the acrimonious work environment were "without foundation" and "unreasonable". He concluded that they were not. In reaching this conclusion, the judge considered a large number of factors which, in his view, indicated that Mr. Evans could reasonably consider the relationship with the employer to be damaged. These included the fact that Mr. Evans had a copy of the leaked letter from the union's legal counsel, the fact that he was not informed of an audit conducted by KPMG, and the fact that he was aware of the uneven treatment of several of his colleagues after the change in union leadership. I note also that the trial judge took into account the adversarial nature of the political process within the union more generally, and cited the incoming and outgoing presidents as saying that the election was "hard worked" and "contentious", and ultimately resulted in the candidates not even speaking to each other.

[35] It is the union that bears the onus of proving that a reasonable person in the place of Mr. Evans would have returned to work, and the trial judge determined that the union had not discharged its burden. This was a finding of mixed fact and law

congédiement sans motif valable peuvent être tenus de limiter leur préjudice en retournant travailler pour l'employeur qui les a congédiés, cette obligation existe uniquement si les conditions dont il est question au par. 30 ci-dessus sont remplies et si les facteurs mentionnés dans *Cox* sont pris en compte. Ce type de limitation du préjudice suppose [TRADUCTION] « une situation de compréhension et de respect mutuel, et une situation où ni l'employeur ni l'employé n'est susceptible de mettre en péril les intérêts de l'autre » (*Farquhar*, p. 95). C'est en outre par référence à une norme objective que l'on appréciera le caractère raisonnable de la décision de l'employé de ne pas limiter son préjudice.

[34] En l'espèce, le juge de première instance a cité des décisions faisant état du critère objectif applicable, ce que la Cour d'appel a reconnu au par. 47. Le juge Gower s'est alors demandé si les craintes de M. Evans au sujet du climat de travail acrimonieux étaient [TRADUCTION] « sans fondement » et [TRADUCTION] « déraisonnables ». Son analyse l'a amené à conclure qu'elles ne l'étaient pas. Pour arriver à cette conclusion, le juge a pris en considération plusieurs éléments indiquant selon lui que M. Evans pouvait raisonnablement estimer que sa relation avec l'employeur s'était dégradée. Parmi ces éléments, il y avait la lettre de l'avocat du syndicat dont il avait obtenu une copie, le fait qu'il n'avait pas été informé d'une vérification effectuée par KPMG et le fait qu'il était au courant du traitement inégal réservé à quelques-uns de ses collègues après le changement à la direction au syndicat. Je signale également que le juge de première instance a pris en considération le climat d'affrontement qui, d'une manière plus générale, caractérisait le processus politique au sein du syndicat, et a mentionné que le nouveau président comme le président sortant avaient dit que l'élection avait été [TRADUCTION] « âprement disputée » « dans un climat d'antagonisme » et que les candidats avaient fini par ne plus même s'adresser la parole.

[35] Le syndicat a le fardeau de prouver qu'une personne raisonnable, dans la situation de M. Evans, serait retournée au travail, et le juge de première instance a estimé que le syndicat ne s'était pas acquitté de cette obligation. Il s'agit là d'une

and is therefore only subject to appellate intervention if there is a palpable and overriding error:

> Where the legal principle is not readily extricable, then the matter is one of "mixed law and fact" and is subject to a more stringent standard. The general rule . . . is that, where the issue on appeal involves the trial judge's interpretation of the evidence as a whole, it should not be overturned absent palpable and overriding error.

(*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at para. 36)

[36] In overturning the trial judge, the Court of Appeal placed significant weight on the fact that the appellant had agreed to return to work if certain conditions were met (these included, at various times, a renegotiation of the terms of his wife's employment contract and a rescission of his letter of termination). The fact that an employee may be willing to return to work if certain terms are met does not, however, automatically lead to the conclusion that the employment relationship has not been severely harmed. Indeed, just because a wrongfully dismissed employee is *willing* to return to work notwithstanding a damaged relationship does not mean that the law ought to *require* him to do so. The question is one of reasonableness in all of the circumstances (*Christianson v. North Hill News*, at p. 750). One important issue, of course, is the nature of the terms of re-employment that the employee wishes to put in place. The question here is whether these conditions are designed to mitigate some of the humiliation and embarrassment which would otherwise result from returning to work.

[37] I agree with the Court of Appeal that Mr. Evans' requests for rescission of the letter of termination and re-establishment as an indefinite term employee were unreasonable since their effect would simply have been to extend his notice period to 29 months (see para. 41). Mr. Evans himself recognized this (reasons of the Court of Appeal, at

conclusion mixte de fait et de droit, qui de ce fait peut être infirmée en appel seulement en cas d'erreur manifeste et dominante :

> Si le principe juridique n'est pas facilement isolable, il s'agit alors d'une « question mixte de fait et de droit », assujettie à une norme de contrôle plus rigoureuse. Selon la règle générale [. . .], si la question litigieuse en appel soulève l'interprétation de l'ensemble de la preuve par le juge de première instance, cette interprétation ne doit pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante.

(*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 36)

[36] En infirmant la décision du juge de première instance, la Cour d'appel a accordé une grande importance au fait que l'appelant avait accepté de retourner au travail si certaines conditions étaient remplies (parmi lesquelles figuraient, selon le moment, la renégociation des clauses du contrat de travail de son épouse et l'annulation de la lettre de congédiement qu'il avait reçue). Le fait qu'un employé soit disposé à reprendre le travail si certaines conditions sont remplies n'entraîne cependant pas automatiquement la conclusion que la relation d'emploi n'a pas été gravement détériorée. Ce n'est pas parce qu'un employé congédié sans motif valable est *disposé* à reprendre le travail malgré la détérioration de la relation avec l'employeur qu'il devrait en droit être *obligé* de le faire. La question est plutôt de savoir ce qui est raisonnable dans l'ensemble des circonstances (*Christianson c. North Hill News*, p. 750). Un aspect important consiste naturellement dans la nature des conditions de retour au travail que l'employé souhaite voir mises en place. Il s'agit dans ce contexte de savoir si ces conditions sont susceptibles d'atténuer dans une certaine mesure l'humiliation et la gêne qui résulteraient autrement du retour au travail.

[37] Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que les demandes de M. Evans concernant l'annulation de la lettre de congédiement et sa réintégration à titre d'employé à durée indéterminée étaient déraisonnables puisqu'elles auraient simplement eu pour effet de prolonger la période de préavis jusqu'à 29 mois (voir par. 41). M. Evans

para. 43), as did the trial judge, who discussed at para. 98 of his reasons the consequences of a return to work on the length of the notice period. The requirement that Mr. Evans' wife would be given a new contract of employment was also unreasonable, as this had no relationship to the conditions under which he himself would be continuing his employment relationship with the union.

[38] The main issue is therefore whether, notwithstanding these unreasonable conditions, the particular aspects of Mr. Evans' testimony that were retained by the trial judge reflect an objective evaluation of the reasonableness of his decision to refuse employment in order to mitigate his damages. I will not discuss here the failure to take an alternative position in Prince George, accepting the finding that this did not constitute a serious offer by the union (see para. 74). The trial judge said, with regard to re-employment in the same position in Whitehorse (at para. 88):

> [Mr. Evans] believed the working relationship had been poisoned by the circumstances that led up to and followed his termination on January 2, 2003. While some of Mr. Evans' fears in that regard may have been overstated, they were not without foundation and were therefore not unreasonable.

[39] The Court of Appeal commented as follows (at para. 47):

> From this Mr. Evans submits that the judge looked beyond the subjective and applied an objective approach to find that his position was not unreasonable. I fail to see how that conclusion can be drawn from that paragraph or, indeed, from any other passage in the reasons for judgment. Although the trial judge quoted passages from *Cox v. Robertson* . . . and from *Farquhar v. Butler Brothers Supplies Ltd.* . . . that refer to an objective test, he failed to apply that test and, to the contrary, found that from Mr. Evans' perspective the "fears" were not without foundation and were therefore not unreasonable. That was a purely subjective approach.

[40] Accepting that it is for the union to prove that Mr. Evans has failed in his duty to mitigate his

lui-même l'a reconnu (motifs de la Cour d'appel, par. 43), comme le juge de première instance, qui a abordé au par. 98 de ses motifs les conséquences d'un retour au travail sur la durée du préavis. L'exigence relative à la conclusion d'un nouveau contrat de travail avec l'épouse de M. Evans était elle aussi déraisonnable, étant sans lien aucun avec les conditions auxquelles lui-même continuerait sa relation d'emploi avec le syndicat.

[38] La principale question à trancher est donc celle de savoir si, malgré ces conditions déraisonnables, les éléments précis du témoignage de M. Evans retenus par le juge de première instance cadrent avec une évaluation objective du caractère raisonnable de sa décision de refuser de reprendre son travail afin de limiter son préjudice. Je ne traiterai pas ici du refus d'accepter un autre poste à Prince George, car j'accepte la conclusion qu'il ne s'agissait pas d'une offre sérieuse de la part du syndicat (voir par. 74). Au sujet de la possibilité de reprendre le même poste à Whitehorse, le juge de première instance a écrit (par. 88) :

> [TRADUCTION] [Monsieur Evans] pensait que la relation de travail avait été empoisonnée par les circonstances qui ont conduit à son congédiement le 2 janvier 2003 et celles qui l'ont suivi. Même si certaines des craintes de M. Evans à ce propos ont peut-être été exagérées, elles n'étaient pas sans fondement et, partant, n'étaient pas déraisonnables.

[39] Voici les observations de la Cour d'appel sur cette conclusion (par. 47) :

> [TRADUCTION] Monsieur Evans soutient, en s'appuyant sur ce passage, que le juge est allé au-delà de l'analyse subjective et a conclu selon une approche objective que son attitude n'était pas déraisonnable. Je ne vois pas comment on peut tirer cette conclusion de ce paragraphe ni, du reste, de quelque autre passage des motifs du jugement. Même si le juge de première instance a cité des passages de *Cox c. Robertson* [. . .] et de *Farquhar c. Butler Brothers Supplies Ltd.* [. . .] dans lesquels il est fait mention d'un critère objectif, il n'a pas appliqué ce critère et a au contraire conclu que du point de vue de M. Evans, les « craintes » n'étaient pas sans fondement et, partant, n'étaient pas déraisonnables. Il s'agissait là d'une approche purement subjective.

[40] Si l'on accepte qu'il appartient au syndicat de prouver que M. Evans a manqué à son obligation

damages (*Red Deer College*, at p. 332), it is instructive, I believe, to consider the reasons the appellant says the prospect of returning to work for the union made him apprehensive. He mentions in his factum:

(a) he was terminated without cause;

(b) the termination was planned and deliberate;

(c) he was "treated like a dog" in the telephone conversation of January 2;

(d) no mention was made of working notice or payment in lieu of notice in the telephone conversation with Mr. Hennessy;

(e) an audit of the Whitehorse office was commissioned in March 2003 under the guise of assessing property management issues;

(f) he was being treated differently than other business agents who were terminated on the same day;

(g) he had lost the respect of employers as the termination by the union was well known in Whitehorse;

(h) he felt ostracized because he had supported the outgoing president.

And later adds the fact of pending litigation and apprehended difficulty in working with the new executive.

[41] The first two of these reasons are, in my view, entirely irrelevant. The trial judge concluded that there was no bad faith in the termination, and that finding is not under appeal — the issue is solely that of mitigation. In evaluating the mitigation requirement, the trial judge had to consider the other reasons listed above by taking into account all of the evidence and the entire context in which the termination occurred. It is therefore important to note that the written notice of termination was followed immediately by a telephone call whose object was

de limiter son préjudice (*Red Deer College*, p. 332), il est utile, je crois, d'examiner les raisons pour lesquelles, selon l'appelant, la perspective d'un retour au travail auprès du syndicat lui causait des appréhensions. Il mentionne ce qui suit dans son mémoire :

a) il a été congédié sans motif valable;

b) le congédiement était planifié et délibéré;

c) on l'a [TRADUCTION] « traité comme un chien » lors de la conversation téléphonique du 2 janvier;

d) il n'a pas été question de préavis ou d'indemnité de préavis dans la conversation téléphonique avec M. Hennessy;

e) une vérification auprès du bureau de Whitehorse a été demandée en mars 2003 sous le couvert d'une évaluation de questions touchant la gestion immobilière;

f) on ne le traitait pas de la même façon que d'autres agents d'affaires congédiés le même jour;

g) il avait perdu le respect des employeurs, car son congédiement par le syndicat était bien connu à Whitehorse;

h) il s'estimait ostracisé du fait d'avoir appuyé le président sortant.

Et il ajoute plus loin le fait qu'une poursuite était engagée et qu'il craignait qu'il soit difficile de travailler avec la nouvelle direction.

[41] Les deux premières de ces raisons sont à mon avis dénuées de toute pertinence. Le juge de première instance a conclu à l'absence de mauvaise foi dans le congédiement, et cette conclusion n'a pas été portée en appel — le débat porte uniquement sur la limitation du préjudice. Pour l'évaluation de l'exigence relative à la limitation du préjudice, le juge de première instance devait examiner les autres raisons énumérées ci-dessus en prenant en compte l'ensemble de la preuve et du contexte dans lequel a eu lieu le congédiement. Il importe par

to engage Mr. Evans in negotiations about a possible rehiring.

[42] The trial judge did not find that there was any acrimony between Mr. Hennessy and Mr. Evans, or, for that matter, between Mr. Evans and anyone else at the union. On the contrary, he said there was no bad faith on the part of the union in the negotiations. The evidence was that the tone of the conversation of January 2, 2003 was respectful and friendly (A.R., at p. 401). There is certainly no support for the allegation that Mr. Evans was "treated like a dog". This claim had to be addressed on an objective basis.

[43] With regard to the KPMG audit, the union states that Mr. Evans was not notified of this event simply because he was not attending work at that time. There is nothing in the record to substantiate the reason why Mr. Evans felt threatened by the holding of the audit, and the cross-examination of Mr. Hennessy on this point is totally inconclusive (A.R., at pp. 337-38). Moreover, the legal director of the union explained the reason for the audit, and his evidence was not challenged (R.R., at p. 78). With regard to the other dismissed employees, there was evidence of legitimate reasons for them being treated differently from Mr. Evans and, in any event, the union had every right to negotiate with each employee individually. As for the apprehended difficulty in working with the new executive, there was also strong evidence showing that this was not founded, as discussed hereafter.

[44] Other evidence of the work situation also had to be considered — Mr. Evans affirmed in his examination for discovery of June 2, 2005, for example, that his work environment had not changed in May of 2003 (R.R., at p. 103). This is relevant to the reasonableness of his feelings of ostracization and claims that he would find it difficult to work with the new executive. It appears that the feelings

conséquent de souligner que l'avis écrit de congédiement a été immédiatement suivi d'un appel téléphonique dont l'objet consistait à amorcer avec M. Evans des négociations au sujet de la possibilité de le réengager.

[42] Le juge de première instance n'a conclu à l'existence d'aucune acrimonie entre M. Hennessy et M. Evans, ni du reste entre M. Evans et quelque autre personne du syndicat. Au contraire, il a déclaré que le syndicat n'avait pas fait preuve de mauvaise foi dans les négociations. Selon la preuve, la conversation du 2 janvier 2003 s'est déroulée sur un ton respectueux et amical (d.a., p. 401). Absolument rien n'indique que M. Evans, comme il le prétend, ait été [TRADUCTION] « traité comme un chien ». Cette prétention devait être examinée objectivement.

[43] En ce qui concerne la vérification effectuée par KPMG, le syndicat déclare que M. Evans n'en a pas été avisé simplement parce qu'il n'était pas au travail à ce moment-là. Rien dans le dossier n'indique que M. Evans pouvait avoir une raison de se sentir menacé par cette vérification et le contre-interrogatoire de M. Hennessy sur ce point n'est absolument pas probant (d.a., p. 337-338). Qui plus est, le directeur des services juridiques du syndicat a expliqué la raison de la vérification, et son témoignage n'a pas été contesté (d.i., p. 78). En ce qui a trait aux autres employés congédiés, la preuve indiquait l'existence de motifs légitimes pour les traiter différemment de M. Evans, et de toute façon, le syndicat avait tout à fait le droit de négocier avec chaque employé individuellement. Quant à la crainte qu'il soit difficile de travailler avec la nouvelle direction, il y avait également des éléments de preuve convaincants indiquant que cette crainte n'était pas fondée, comme je l'explique ci-après.

[44] D'autres éléments de preuve concernant la situation de travail devaient aussi être pris en considération — M. Evans a affirmé lors de son interrogatoire préalable du 2 juin 2005, par exemple, que son environnement de travail n'avait pas changé en mai 2003 (d.i., p. 103). Ce fait est pertinent pour l'appréciation du caractère raisonnable de son sentiment d'être ostracisé et de son affirmation selon

of ostracization related more to the fact that Mr. Evans had spoken to other dismissed employees who felt ostracized than to his own experiences with the union. Mr. Evans refers specifically, in this regard, to Mr. Fairbrother (A.R., at pp. 107-9), a union dispatcher of the Vancouver office who told Mr. Evans that he was being ostracized. The trial judge, however, does not seem to have given any attention to the fact that Mr. Fairbrother had had a poor relationship with support staff in Vancouver prior to 2003 and that he worked in a separate dispatch building, not in the general Vancouver office. Further, the value of that evidence and its relevance to the Whitehorse state of affairs is not apparent. The trial judge apparently ignored the fact that there seemed to be no difficulty in the relationship of other dismissed employees with the new union executive, such as Mr. Owens, Mr. Ellis, Mr. Kelava and Mr. Cooper (R.R., at pp. 41-43, 80-81, 83-85, 95 and 98).

[45] Mr. Evans' belief that he would no longer have the respect of employers and would be unable to perform effectively as a business agent in Whitehorse would also seem to be an entirely subjective concern since there is no evidence in the record to demonstrate that there was a reasonable basis for this belief. Furthermore, Mr. Evans operated in a highly independent way and offered to go back to work without mentioning this difficulty, under conditions he had set himself.

[46] With regard to the fact that Mr. Evans had started legal proceedings, I would note that this course of action can have an effect on the relationship between the parties and that this should be taken into account in each case, but that starting an action does not by itself relieve the employee from the duty to mitigate his or her damages. Again, I reiterate that it is the entirety of the situation that must be evaluated in every case (see *Cox*, at paras. 13-18).

[47] I recognize that it is not for the Court of Appeal to substitute its opinion for that of the trial

laquelle il craignait qu'il soit difficile de travailler avec la nouvelle direction. Ce sentiment d'être ostracisé tenait semble-t-il davantage à des conversations de M. Evans avec d'autres employés congédiés qui se sentaient victimes d'ostracisme, qu'à ce qu'il avait lui-même vécu avec le syndicat. M. Evans mentionne spécifiquement à cet égard le cas de M. Fairbrother (d.a., p. 107-109), un répartiteur du syndicat au bureau de Vancouver qui avait dit à M. Evans être ostracisé. Le juge de première instance ne semble pourtant avoir prêté aucune attention au fait que M. Fairbrother avait eu de mauvaises relations avec le personnel de soutien à Vancouver avant 2003 et qu'il travaillait dans un immeuble distinct où s'effectuait la répartition, et non au bureau général de Vancouver. En outre, la valeur de ce témoignage et sa pertinence quant à la situation qui régnait à Whitehorse ne sont pas évidentes. Le juge de première instance n'a apparemment pas du tout tenu compte du fait que les relations entre la nouvelle direction du syndicat et d'autres employés congédiés, comme M. Owens, M. Ellis, M. Kelava et M. Cooper, ne semblaient pas avoir été difficiles (d.i., p. 41-43, 80-81, 83-85, 95 et 98).

[45] Monsieur Evans croyait qu'il n'aurait plus le respect des employeurs et qu'il serait incapable de travailler efficacement à titre d'agent d'affaires à Whitehorse. Cette crainte semble elle aussi avoir été entièrement subjective puisque rien dans la preuve ne démontre qu'elle reposait sur des motifs raisonnables. En outre, M. Evans a agi d'une façon extrêmement indépendante et a offert de reprendre le travail sans mentionner cette difficulté, à des conditions fixées par lui-même.

[46] En ce qui concerne le fait que M. Evans avait engagé une action en justice, je dirais que, si un tel geste peut avoir une incidence sur les rapports entre les parties et que cela doit être pris en compte dans chaque cas, le fait d'avoir intenté une action ne dégage pas en soi l'employé de l'obligation de limiter son préjudice. Je le redis, il faut dans chaque cas évaluer la situation dans son ensemble (voir *Cox*, par. 13 à 18).

[47] Je reconnais qu'il n'appartient pas à la Cour d'appel de substituer son opinion à celle du juge de

judge on findings of fact. In this case, however, the Court of Appeal found that the trial judge applied a purely subjective test (at paras. 47, 54-55) and that he failed to consider relevant evidence (at para. 56), both of which are errors of law. I agree with those conclusions.

[48] In my view, the most significant aspect of the Court of Appeal's decision is however its recognition that there was strong evidence that Mr. Evans was prepared to resume his old job, that he understood the May 23 letter to be an invitation to do so, and that the concerns discussed above were never invoked in the various negotiations with the union. The court writes (at para. 57):

> The evidence does not support the conclusion that Mr. Evans' circumstances, viewed objectively, justified his refusal to resume employment with the union. The fact that Mr. Evans was prepared to resume his old job was never in doubt and it was never contended otherwise. His counsel as early as 3 January 2003 wrote that Mr. Evans "would be prepared to remain working as a Business Agent throughout 2003". This was consistently maintained throughout the negotiations which at no time explored the nine reasons for apprehension that subsequently emerged in the judge's reasons.

[49] I agree with the Court of Appeal that on an objective test, a reasonable person would have viewed the union's May 23, 2003 letter as a *bona fide* employment opportunity. Although the request to return to work should have been drafted differently, Mr. Evans clearly understood that this was a unique position and that he had no work alternative if he were to remain in Whitehorse. The request fulfilled the 24 months' notice that Mr. Evans had offered on January 3, 2003. He had been paid full salary and benefits for 5 months and the duration of his employment with the union would be for an additional 19 months. The trial judge had found that during the January 2, 2003 telephone conversation, Mr. Hennessy was attempting to negotiate an alternative to the immediate cessation of employment.

première instance au sujet des conclusions de fait. Dans la présente affaire, toutefois, la Cour d'appel est arrivée à la conclusion que le juge de première instance avait appliqué un critère purement subjectif (par. 47, 54-55) et n'avait pas pris en considération des éléments de preuve pertinents (par. 56). Il s'agit là de deux erreurs de droit. Je souscris à ces conclusions.

[48] À mon avis, l'aspect le plus important de la décision de la Cour d'appel réside toutefois dans le fait qu'elle a reconnu l'existence d'une preuve convaincante indiquant que M. Evans était disposé à reprendre son ancien travail, qu'il a vu dans la lettre du 23 mai une invitation en ce sens, et que les préoccupations dont il a été question plus haut n'ont jamais été invoquées au cours des diverses négociations avec le syndicat. La cour écrit ce qui suit (par. 57) :

> [TRADUCTION] La preuve ne permet pas de conclure que la situation de M. Evans, considérée objectivement, justifiait son refus de recommencer à travailler pour le syndicat. Le fait que M. Evans était disposé à reprendre son emploi n'a jamais été mis en doute et nul n'a jamais prétendu le contraire. Son avocat a écrit, dès le 3 janvier 2003, que M. Evans « serait disposé à continuer à travailler en tant qu'agent d'affaires pendant toute l'année 2003 ». Cela a toujours été maintenu pendant les négociations, au cours desquelles il n'a jamais été question des neuf raisons à l'origine des appréhensions [de M. Evans] qui ont par la suite fait leur apparition dans les motifs du juge.

[49] Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour conclure que, suivant un critère objectif, une personne raisonnable aurait vu dans la lettre du syndicat datée du 23 mai 2003 une possibilité d'emploi offerte de bonne foi. Même si la demande de retour au travail aurait dû être rédigée autrement, M. Evans a manifestement compris qu'il s'agissait d'un poste unique et qu'il n'avait aucune autre possibilité de travail s'il restait à Whitehorse. La demande couvrait le préavis de 24 mois que M. Evans avait offert le 3 janvier 2003. Il avait reçu un plein salaire avec avantages sociaux pendant 5 mois, et son emploi auprès du syndicat durerait 19 mois de plus. Le juge de première instance avait conclu que lors de la conversation téléphonique du 2 janvier 2003, M. Hennessy essayait

The union had then and there demonstrated that it wanted Mr. Evans to continue his work with the organization.

[50] Although the fears expressed by Mr. Evans may have been subjectively justified, there was no evidence of acrimony between Mr. Hennessy and Mr. Evans, and no evidence that Mr. Evans would be unable to perform his duties in the future. In fact, Mr. Evans had himself suggested that he could continue to perform his work. I do not accept that the withdrawal of the January 2, 2003 termination letter, requested by Mr. Evans as a condition of returning to work, had anything to do with re-establishing his dignity — on his own admission, this request was meant to obtain an extension of the notice period. The fact that Mr. Evans was at one time prepared to return to work if his wife was guaranteed the same term also demonstrates that the reasons given by the trial judge to justify the refusal found no support in the evidence. This is all the more obvious when one considers the examination for discovery of June 2, 2005 where Mr. Evans was asked whether he wanted the old job back without any notice at all and answered: "Yeah, or start the notice from that day" (R.R., at p. 104). In my view, this evidence makes it clear that the relationship between Mr. Evans and the union was not seriously damaged and, given that the terms of employment were the same, it was not objectively unreasonable for him to return to work to mitigate his damages.

Conclusion

[51] For the above reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[52] ABELLA J. (dissenting) — After 23½ years of service as a business agent and at the age of 58, Donald Evans was fired without notice by Teamsters Local No. 31 immediately following the

de négocier une solution de rechange à la cessation d'emploi immédiate. Le syndicat avait démontré à ce moment-là qu'il souhaitait voir M. Evans continuer son travail au sein de l'organisation.

[50] Même si les craintes exprimées par M. Evans peuvent avoir été subjectivement justifiées, il n'y avait aucune preuve de relations acrimonieuses entre M. Hennessy et M. Evans, ni aucune preuve que M. Evans serait incapable d'accomplir ses fonctions à l'avenir. En fait, M. Evans avait lui-même indiqué qu'il pourrait continuer à faire son travail. Le retrait de la lettre de congédiement du 2 janvier 2003, condition posée par M. Evans pour son retour au travail, n'avait selon moi rien à voir avec le rétablissement de sa dignité — de son propre aveu, cette demande visait à obtenir une prolongation du préavis. Le fait que M. Evans ait été à un moment disposé à retourner au travail si l'on garantissait à son épouse le maintien de son emploi pour la même durée montre également que les raisons données par le juge de première instance pour justifier le refus n'étaient pas étayées par la preuve. Cela est encore plus évident si l'on tient compte de l'interrogatoire préalable du 2 juin 2005, au cours duquel M. Evans, à qui l'on demandait s'il souhaitait reprendre son ancien emploi sans aucun préavis, a répondu : [TRADUCTION] « Oui, ou alors commencer le préavis ce jour-là » (d.i., p. 104). À mon avis, ce témoignage indique clairement que la relation entre M. Evans et le syndicat n'était pas gravement détériorée, et comme les conditions d'emploi étaient les mêmes, il n'était pas objectivement déraisonnable qu'il reprenne son travail pour limiter son préjudice.

Conclusion

[51] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[52] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Après avoir exercé pendant 23 ans et demi la fonction d'agent d'affaires, et à l'âge de 58 ans, Donald Evans a été congédié sans préavis par la section locale nº 31

bitterly fought election of a new executive whose candidacy he had opposed.

[53] Mr. Evans commenced a wrongful dismissal action against the Teamsters. After 5 months of negotiations, the Teamsters sent him a letter telling him that if he refused to come back to work for the balance of a 24-month work period, he would be fired. Again. At no time before sending this letter did the Teamsters ever indicate to Mr. Evans that he was entitled to 24 months' notice, in the form of either working notice or pay in lieu of notice.

[54] The trial judge found that Mr. Evans' decision not to return to his former workplace to mitigate his damages was a reasonable one. Based on the evidence, I see no error in this conclusion.

[55] I have had the benefit of reading the reasons of the majority. With respect, I do not share the view that the Court of Appeal was correct in concluding that the trial judge made a legal error. Nor do I think the Court of Appeal was justified in reinterpreting the evidence and reversing the trial judge's factual findings, all of which were manifestly supported by the record.

Background

[56] Mr. Evans had been a member of the Teamsters since 1969 when he moved to Whitehorse and took a job as a truck driver. In 1979, he was appointed as a business agent for Teamsters Local No. 31 in the Yukon region. He remained in that position until he was fired on January 2, 2003.

[57] Mr. Evans' responsibilities as a business agent included organizing workers, negotiating and drafting collective agreements, handling grievances, attending arbitrations, and assisting Teamsters members with other matters. He became well known as the "Teamsters rep" in the

des Teamsters tout juste après l'élection âprement disputée de nouveaux dirigeants syndicaux à la candidature desquels il s'était opposé.

[53] Monsieur Evans a intenté une action pour congédiement injustifié contre les Teamsters. Après 5 mois de négociations, les Teamsters l'ont avisé par lettre que s'il refusait de reprendre le travail pour le reste d'une période de 24 mois, il serait congédié. Encore une fois. À aucun moment avant de lui envoyer cette lettre, les Teamsters ne lui avaient indiqué qu'il avait droit à un préavis de 24 mois ou à une indemnité de préavis correspondante.

[54] Le juge de première instance est arrivé à la conclusion que la décision de M. Evans de ne pas reprendre ses anciennes fonctions afin de limiter son préjudice était raisonnable. À la lumière de la preuve, cette conclusion ne me semble pas erronée.

[55] J'ai pris connaissance des motifs de la majorité. Avec égards, je ne partage cependant pas le point de vue selon lequel la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge de première instance a fait une erreur de droit. Je ne pense pas non plus que la Cour d'appel était fondée à réinterpréter la preuve et à annuler les conclusions de fait du juge de première instance, qui étaient toutes manifestement étayées par le dossier.

Contexte

[56] Monsieur Evans était membre des Teamsters depuis 1969 lorsqu'il s'est installé à Whitehorse et a pris un emploi de chauffeur de camion. En 1979, il a été nommé agent d'affaires de la section locale n° 31 des Teamsters dans la région du Yukon. Il est demeuré à ce poste jusqu'à son congédiement le 2 janvier 2003.

[57] Les fonctions de M. Evans à titre d'agent d'affaires consistaient notamment à organiser les travailleurs, à négocier et à rédiger les conventions collectives, à s'occuper des griefs, à assister aux séances d'arbitrage et à aider d'autres façons les membres des Teamsters. Il était bien connu comme

Whitehorse community where he lived and worked. His wife, Barb Evans, worked as a secretary in the Whitehorse office with him. They were the only employees in that office.

[58] In December 2002, Teamsters Local No. 31 held an election to elect a new executive. During the campaign, Mr. Evans had supported the incumbent, Garnet Zimmerman, and actively campaigned on his behalf. The election was hard fought. Ultimately, the former executive was ousted and replaced by a new slate led by Stan Hennessy. Mr. Hennessy was elected president on December 16 and formally took office on January 2, 2003.

[59] On December 23, 2002, Mr. Hennessy met with a lawyer, Leo McGrady, Q.C., to discuss the possible application of s. 13 of the union's Bylaws to six employees of the Teamsters, all of whom had supported the incumbent president in the election. Section 13, passed in March 2000, links the term of appointment of the business agents to the term of the executive which had appointed them and states, in part:

"Business Agents and Assistant Business Agents shall be appointed and may be removed at will only by the appointing authority. . . ." Appointed Business Agents cannot be appointed for a period beyond the term of office of the appointing authority.

Four of the six employees Mr. Hennessy asked about were business agents outside Vancouver (Mr. Evans, Ron Owens, John Ellis and Jim Jeffery). Two others who worked in the Vancouver offices (Jim Fairbrother and Jure Kelava) were not business agents.

[60] Mr. McGrady, in a letter dated December 31, 2002, cautioned Mr. Hennessy about the application of s. 13 of the Bylaws to Mr. Evans who, given his length of service, was more likely to be found to be an indefinite term employee. His advice to Mr. Hennessy was as follows:

« le représentant des Teamsters » dans la collectivité de Whitehorse où il vivait et travaillait. Son épouse, Barb Evans, travaillait avec lui au bureau de Whitehorse, à titre de secrétaire. Ils étaient les seuls employés de ce bureau.

[58] En décembre 2002, la section locale n^{o} 31 des Teamsters a tenu des élections pour désigner de nouveaux dirigeants. Pendant la campagne électorale, M. Evans avait appuyé M. Garnet Zimmerman, le président sortant, et avait fait activement campagne pour lui. L'élection a été âprement disputée. Finalement, les anciens dirigeants ont été renvoyés et ont été remplacés par une nouvelle équipe dirigée par M. Stan Hennessy. M. Hennessy a été élu président le 16 décembre et est entré officiellement en fonction le 2 janvier 2003.

[59] Le 23 décembre 2002, M. Hennessy a rencontré un avocat, M. Leo McGrady, c.r., pour discuter de la possible application de l'art. 13 des statuts du syndicat à six employés des Teamsters qui avaient tous appuyé le président sortant lors des élections. L'article 13, adopté en mars 2000, lie la durée du mandat des agents d'affaires à celle des dirigeants qui les ont nommés; en voici des extraits :

[TRADUCTION] « Les agents d'affaires et leurs adjoints sont nommés par l'autorité responsable des nominations et ne peuvent être destitués que par elle, à son gré. . . » Les agents d'affaires qui sont nommés ne peuvent être nommés pour une période s'étendant au-delà du mandat de l'autorité responsable des nominations.

Quatre des six employés auxquels s'intéressait M. Hennessy étaient des agents d'affaires de l'extérieur de Vancouver (M. Evans, M. Ron Owens, M. John Ellis et M. Jim Jeffery). Les deux autres qui travaillaient aux bureaux de Vancouver (M. Jim Fairbrother et M. Jure Kelava) n'étaient pas des agents d'affaires.

[60] Dans une lettre datée du 31 décembre 2002, M. McGrady a mis en garde M. Hennessy au sujet de l'application de l'art. 13 des statuts à M. Evans qui, vu ses états de service, avait de très bonnes chances d'être considéré comme un employé à durée indéterminée. Voici la teneur des conseils qu'il a donnés à M. Hennessy :

While the Local may legally be entitled to take the [position that Section 13 applied to the business agents and ended their appointment], I have serious reservations about whether they would be successful at trial, if the business representatives chose to sue. There are a number of reasons for that opinion. While the language of Section 13 ties the duration of the business agents' appointment to the duration of the term of office of the appointing authority, that language appears for the first time in the March 17, 2000 revision of the Bylaws. I have examined the relevant provisions in prior version[s] of the Bylaws, dated July 22, 1993, June 9, 1978, November 21, 1972, and January 11, 1967. There is no corresponding language.

There is provision in the current Bylaws, Section 14 which limits the authority of the Local executive board to bind the Local Union with respect to personal service contracts only for the term of their office. Similar language is found in the 1993 version. However, the language is at best ambiguous. The courts have consistently held that it takes express and clear language to deprive an employee of the protection of the common law regarding reasonable notice of termination . . . .

In addition, I understand that there has been no formal termination and renewal of these employees over the elections during which they have been employed. This could be considered as a waiver of any fixed term to the contract of employment.

In conclusion on this point, while it is open to the Local to take the position that they are on fixed term contracts, I do not recommend that course. That is particularly so with respect to Messrs Evans and Owens. Both of these individuals are long ter[m] employees (27 years [*sic*] and 26 years respectively). Both are either at or very close to retirement age. These two factors would carry a great deal of weight in a court's determination of whether these were fixed term employees or indefinite term employees.

. . .

You may wish to place reliance on Section 13 as an initial position, but abandon that position in the course of negotiations should either of these two individuals make a sustained claim to indefinite term status. [Emphasis added.]

[61] Mr. McGrady also addressed the option of providing the business agents with working notice

[TRADUCTION] Bien que la section locale ait peut-être le droit d'adopter le [point de vue selon lequel l'article 13 s'appliquait aux agents d'affaires et mettait fin à leur mandat], j'ai des réserves sérieuses sur leurs chances de succès dans un procès si les représentants d'affaires décidaient d'intenter une action. Mes réserves tiennent à plusieurs raisons. La formulation de l'article 13 lie la durée de la nomination des agents d'affaires à celle du mandat de l'autorité responsable des nominations, mais cette formulation figure pour la première fois dans la révision du 17 mars 2000 des statuts. J'ai examiné les dispositions pertinentes des versions antérieures des statuts, datées du 22 juillet 1993, du 9 juin 1978, du 21 novembre 1972 et du 11 janvier 1967. La formulation en question y est absente.

Dans les statuts actuels, il y a l'article 14 qui restreint le pouvoir du conseil de direction de la section locale de lier cette dernière à l'égard des contrats de travail personnels à la durée de son mandat. Une disposition semblable figure dans la version de 1993. Mais la rédaction en est pour le moins ambiguë. Les tribunaux ont invariablement jugé qu'il faut des clauses expresses et claires pour priver un employé de la protection de la common law en matière de préavis raisonnable de congédiement . . .

En outre, il ne semble pas qu'on ait officiellement congédié puis réengagé ces employés lors des élections pendant lesquelles ils étaient employés. Cela pourrait être considéré comme une renonciation à un quelconque contrat de travail à durée déterminée.

Pour conclure sur cette question, la section locale peut sans doute soutenir qu'il s'agit de contrats à durée déterminée, mais ce n'est pas la ligne de conduite que je recommande. Particulièrement en ce qui concerne MM. Evans et Owens. Ces deux personnes sont des employés de longue date (27 ans [*sic*] et 26 ans respectivement). Les deux ont soit atteint l'âge de la retraite, soit en sont très proches. Ces deux éléments auraient une importance considérable dans le cas où un tribunal devrait déterminer s'il s'agissait d'employés à durée déterminée ou d'employés à durée indéterminée.

. . .

Vous pourriez souhaiter vous fonder au départ sur l'article 13, puis renoncer à cette position dans le cours des négociations si l'une ou l'autre de ces deux personnes revendiquait de façon soutenue le statut d'employé à durée déterminée. [Je souligne.]

[61] Monsieur McGrady a également abordé la solution consistant à donner aux agents d'affaires un

or pay in lieu of notice, suggesting that working notice would be the more economical option. He recommended to Mr. Hennessy that the employees be given a simple termination letter, designed to "maximize the Local's options and to minimize its exposure to liability", and proposed the following language:

As you know, a new executive board was elected and took office today, January 2, 2003. Pursuant to Section 13 of the Bylaws your appointment as a Business Agent ceases as of this date.

As a member of the Teamsters' Joint Council No. 36 Severance Pay Plan, you are entitled to a significant severance payment.

In addition, we are prepared to meet and discuss with you the time required for you to wind up outstanding matters.

[62] He advised that if the Teamsters chose to provide the employees with working notice, the following specific language be included:

Our expectation is that you will remain in your current position receiving your current wages and benefits during the period of working notice. We should also point out that we expect that you will perform your duties in the normal course during this period.

[63] The letter containing this legal advice was leaked to Mr. Evans and the other targeted employees on the morning of January 2. Later that same day, Mr. Evans received a letter from Mr. Hennessy advising him that "[p]ursuant to Section 13 of the Bylaws", his employment was terminated. Despite Mr. McGrady's advice, there was no mention of a notice period in the termination letter. Three of the four business agents from outside Vancouver were fired by Mr. Hennessy in the same manner.

[64] Shortly after receiving the termination letter, Mr. Evans was told to stand by for a phone call from Mr. Hennessy. The two spoke by phone that afternoon. Mr. Hennessy confirmed the termination, making no mention of a notice period.

[65] Mr. Evans immediately retained counsel, Grant Macdonald, Q.C. The next day, January 3,

préavis ou une indemnité de préavis, en suggérant que le préavis serait plus économique. Il a recommandé à M. Hennessy qu'on donne aux employés une lettre de congédiement simple, rédigée de manière à [TRADUCTION] « maximiser les choix de la section locale et à réduire au minimum le risque de responsabilité », et a proposé le libellé suivant :

[TRADUCTION] Comme vous le savez, un nouveau conseil de direction a été élu et est entré en fonction aujourd'hui, 2 janvier 2003. Aux termes de l'article 13 des statuts, votre nomination à titre d'agent d'affaires prend fin à cette date.

À titre d'adhérents au régime d'indemnité de départ du conseil mixte n° 36 des Teamsters, vous avez droit à une indemnité de départ substantielle.

Nous sommes par ailleurs disposés à vous rencontrer et à discuter avec vous du temps qu'il vous faudra pour régler les questions en suspens.

[62] Dans le cas où les Teamsters décideraient de donner un préavis aux employés, il conseillait de faire figurer dans la lettre le passage suivant :

[TRADUCTION] Nous nous attendons à ce que vous demeuriez à votre poste actuel, en continuant à toucher le même salaire et les mêmes avantages sociaux durant la période de préavis. Nous soulignons d'autre part que nous nous attendons à ce que vous accomplissiez vos fonctions de la façon normale pendant cette période.

[63] Une fuite a permis à M. Evans et aux autres employés visés de prendre connaissance de la lettre contenant cette opinion juridique le matin du 2 janvier. Plus tard le même jour, M. Evans a reçu de M. Hennessy une lettre l'informant que [TRADUCTION] « [a]ux termes de l'art. 13 des statuts », il était mis fin à son emploi. En dépit des conseils de M. McGrady, la lettre de congédiement ne faisait mention d'aucun préavis. Trois des quatre agents d'affaires de l'extérieur de Vancouver ont été congédiés de la même manière par M. Hennessy.

[64] Peu après avoir reçu la lettre de congédiement, M. Evans s'est fait dire d'attendre un appel téléphonique de M. Hennessy. Ils se sont parlé au téléphone en après-midi. M. Hennessy a confirmé le congédiement sans faire mention d'un préavis.

[65] Monsieur Evans a immédiatement retenu les services d'un avocat, M. Grant Macdonald, c.r. Le

Mr. Macdonald wrote to Mr. Hennessy, informing him that Mr. Evans was prepared to accept 24 months' notice of termination:

In our opinion, separate and apart from the severance payment, Mr. Evans is entitled to reasonable notice of termination of his employment.

. . . As you know, Mr. Evans has served Teamsters Local Union No. 31 loyally and professionally for the past 23½ years. Separate and apart from legal principles, he deserves more than termination without notice.

Mr. Evans is prepared to accept 24 months notice of termination of his employment. He remains loyal to the union and desirous of representing union members in the Yukon and, for this reason, is quite prepared to accept a combination of working notice and/or pay in lieu of notice.

[66] Mr. McGrady responded on behalf of the Teamsters by letter on January 13, stating that Mr. Hennessy's letter of January 2 "was not intended as a termination without notice. Rather, it was the notice the newly-installed Executive of the Local is obliged to provide pursuant to Section 13 of the Bylaws." No notice period is stipulated in s. 13.

[67] Mr. McGrady confirmed that Mr. Evans would continue to be paid while the Teamsters considered its position. Mr. Macdonald, in a letter to Mr. McGrady dated January 14, responded that the January 2 letter could only be seen as terminating Mr. Evans' employment without notice. The same day, he indicated that no legal action would be taken before January 20, in order to give the Teamsters time "to consider Mr. Evans' proposal" that he would accept 24 months' notice.

[68] Mr. Evans subsequently learned that on January 16, the Teamsters had rescinded the letter of termination for the business agent for Vancouver Island, Mr. Owens. He also learned that Mr. Jeffery, the business agent in Prince George, was reinstated with seven months' working notice.

lendemain, le 3 janvier, M. Macdonald a écrit à M. Hennessy pour l'informer que M. Evans était disposé à accepter un préavis de 24 mois :

[TRADUCTION] À notre avis, M. Evans a droit, indépendamment de l'indemnité de départ, à un préavis raisonnable de cessation d'emploi.

. . . Comme vous le savez, M. Evans est au service de la section locale n° 31 des Teamsters depuis 23 ans et demi, d'une façon loyale et professionnelle. Indépendamment des principes de droit, il mérite mieux qu'un congédiement sans préavis.

Monsieur Evans est disposé à accepter un préavis de cessation d'emploi de 24 mois. Il demeure loyal envers le syndicat et désireux de représenter les membres de celui-ci au Yukon et, pour cette raison, il est tout à fait disposé à accepter un préavis et ou une indemnité de préavis ou l'un d'eux.

[66] Monsieur McGrady a répondu au nom des Teamsters par une lettre datée du 13 janvier, dans laquelle il disait que la lettre du 2 janvier de M. Hennessy [TRADUCTION] « n'était pas censée constituer un congédiement sans préavis. Il s'agissait plutôt de l'avis que la nouvelle direction de la section locale est tenue de donner en vertu de l'art. 13 des statuts. » Aucune période de préavis n'est précisée à l'art. 13.

[67] Monsieur McGrady a confirmé que M. Evans continuerait à être rémunéré pendant que les Teamsters réexamineraient son poste. Dans une lettre à M. McGrady datée du 14 janvier, M. Macdonald a répondu qu'il était impossible de voir dans la lettre du 2 janvier autre chose que le congédiement sans préavis de M. Evans. Le même jour, il a indiqué qu'aucune action en justice ne serait intentée avant le 20 janvier, pour donner aux Teamsters le temps [TRADUCTION] « d'étudier la proposition de M. Evans » suivant laquelle il accepterait un préavis de 24 mois.

[68] Monsieur Evans a appris ultérieurement que le 16 janvier, les Teamsters avaient annulé la lettre de congédiement transmise à l'agent d'affaires de l'île de Vancouver, M. Owens. Il a aussi appris que M. Jeffery, l'agent d'affaires à Prince George, avait été réintégré dans son poste avec un préavis de sept mois.

[69] On January 27, 2003, Mr. Evans commenced this action for wrongful dismissal.

[70] In March, the Teamsters directed KPMG Chartered Accountants to perform an audit of the Whitehorse office. Mr. Evans and his wife, the only employees in that office, were given no notice of this audit. The trial judge found that Mr. Evans felt "threatened and demeaned" by the experience, especially since the auditors acted like a "forensic team" in their search ([2005] Y.J. No. 106 (QL), 2005 YKSC 71, at para. 83).

[71] A settlement meeting was held with Mr. Hennessy, Mr. Evans and their respective counsel on April 3. It was unsuccessful. On Mr. Evans' behalf, Mr. Macdonald strongly maintained that Mr. Evans was entitled to 24 months' notice. In response, Mr. McGrady replied:

I am instructed to say, at the outset with respect to your comments about the strength of Mr. Evans' case, that my client respectfully but emphatically disagrees both with the assessment of the case as a strong one, and with the suggestion that somehow Mr. Evans is entitled to 24 months' salary. In the event of the parties being unable to reach agreement, the Local will vigorously pursue its defence that Mr. Evans abandoned his position without notice and has left the members, for which he was responsible, unrepresented and unserviced. We will also vigorously advance the other breaches of his employment contract as set out in the balance of paragraph 8 of the Statement of Defence.

Mr. Evans raised the possibility that his wife be appointed business agent in his stead, in return for which he would not pursue his lawsuit. The Teamsters, in turn, proposed a draft contract of employment for her. The parties were unable to agree on its terms.

[72] On May 23, Mr. McGrady wrote a letter to Mr. Macdonald saying there was no basis for further negotiations and that Mr. Evans was expected to return to work for an additional 19 months:

[69] Le 27 janvier 2003, M. Evans a intenté l'action pour congédiement injustifié à l'origine du présent pourvoi.

[70] En mars, les Teamsters ont demandé au cabinet d'experts-comptables KPMG d'effectuer une vérification au bureau de Whitehorse. M. Evans et son épouse, les seuls employés de ce bureau, n'ont pas été avisés de la tenue de cette vérification. Le juge de première instance a estimé que M. Evans s'était senti [TRADUCTION] « menacé et humilié » par cette expérience, en particulier parce que les vérificateurs ont fait leur travail en se comportant comme une [TRADUCTION] « équipe de juricomptables » ([2005] Y.J. No. 106 (QL), 2005 YKSC 71, par. 83).

[71] Monsieur Hennessy, M. Evans et leurs avocats se sont rencontrés le 3 avril pour essayer d'arriver à un arrangement, mais en vain. M. Macdonald a soutenu vigoureusement, au nom de M. Evans, que ce dernier avait droit à un préavis de 24 mois. À cela, M. McGrady a répondu ceci :

[TRADUCTION] J'ai pour instruction de dire d'emblée, en ce qui concerne vos propos sur la solidité de la cause de M. Evans, que mon client conteste énergiquement à la fois cette assertion et l'affirmation selon laquelle M. Evans aurait droit d'une manière ou d'une autre à 24 mois de salaire. Dans le cas où les parties ne parviendraient pas à un arrangement, la section locale plaidera vigoureusement, à titre de moyen de défense, que M. Evans a abandonné son poste sans préavis, ce qui a privé de représentation et de services les membres à l'égard desquels il était responsable. Nous invoquerons vigoureusement, aussi, ses autres manquements au contrat de travail, décrits dans le reste du paragraphe 8 de la défense.

Monsieur Evans a évoqué la possibilité que son épouse soit nommée agent d'affaires à sa place, en retour de quoi il ne donnerait pas suite à son action judiciaire. Les Teamsters ont alors proposé un projet de contrat de travail pour elle. Les parties ont été incapables de s'entendre sur les clauses de ce contrat.

[72] Le 23 mai, M. McGrady faisait parvenir à M. Macdonald une lettre dans laquelle il disait que rien ne justifiait la poursuite des négociations et que ses clients s'attendaient à ce que M. Evans revienne au travail pour une période additionnelle de 19 mois :

On behalf of the Local, we request that Mr. Evans return to his employment no later than June 1, 2003 [this was later changed to June 2], to serve out the balance of his notice period of 24 months. To be clear, the total notice period is the 24 months from January 1, 2003 until and including December 31, 2004.

If Mr. Evans refuses to return no later than June 1, 2003, my client will treat that refusal as just cause, and formally terminate him without notice.

We will also amend the Statement of [Defence] adding a claim, amongst others, that he has failed to mitigate his loss by rejecting this return to work. [Emphasis added.]

[73] This was the first time that the Teamsters acknowledged that Mr. Evans was entitled to a 24-month notice period, causing Mr. Macdonald to respond on behalf of Mr. Evans, asking:

. . . would you be so kind as to immediately provide any documentation in the possession or control of Teamsters Local Union No. 31 evidencing that Mr. Evans was ever given 24 months notice of termination of his employment. We are unaware of such notice being given to Mr. Evans so we are somewhat taken aback by your letter.

[74] On May 30, Mr. Macdonald wrote to Mr. McGrady:

Would you be so kind as to advise Teamsters Local Union No. 31 that if Teamsters Local Union No. 31 immediately rescinds and withdraws the termination letter dated January 2, 2003, Mr. Evans will return to his position effective June 2, 2003.

This request was denied in a letter from Mr. McGrady on the same day:

Local 31 is not prepared to accept the conditions or the proposal that you make in your letter. My client requires Mr. Evans to report for work on Monday, June 2, 2003. He will be working through the 24-month notice period from January 1, 2003 through to December 31, 2004. [Emphasis added.]

[75] In reply, Mr. Macdonald reiterated his position that Mr. Evans had never been given 24 months' notice and that, in the circumstances, "he

[TRADUCTION] Au nom du syndicat local, nous demandons que M. Evans réintègre son emploi au plus tard le 1er juin 2003 [date ultérieurement remplacée par le 2 juin], pour s'acquitter du reste de sa période de préavis de 24 mois. Pour que tout soit bien clair, le préavis est d'une durée totale de 24 mois, à compter du 1er janvier 2003 jusqu'au 31 décembre 2004 inclusivement.

Si M. Evans refuse de reprendre le travail au plus tard le 1er juin 2003, mon client considérera ce refus comme un motif valable et mettra officiellement fin à son emploi, sans préavis.

Nous modifierons aussi la [défense] en y ajoutant notamment qu'il a refusé de limiter son préjudice en rejetant ce retour au travail. [Je souligne.]

[73] C'était la première fois que les Teamsters reconnaissaient que M. Evans avait droit à un préavis de 24 mois, ce qui a amené M. Macdonald à répondre à cette lettre au nom de M. Evans en demandant ceci :

[TRADUCTION] . . . auriez-vous l'amabilité de fournir tout document en possession ou sous le contrôle de la section locale nº 31 des Teamsters établissant que l'on aurait donné à M. Evans un préavis de congédiement de 24 mois? À notre connaissance, aucun préavis semblable n'a été donné à M. Evans, aussi sommes-nous quelque peu surpris par la teneur de votre lettre.

[74] Le 30 mai, M. Macdonald a écrit à M. McGrady :

[TRADUCTION] Auriez-vous l'amabilité d'informer la section locale nº 31 des Teamsters que si cette dernière annule et retire immédiatement la lettre de congédiement datée du 2 janvier 2003, M. Evans réintégrera son poste à compter du 2 juin 2003.

Cette demande a été rejetée dans une lettre de M. McGrady datée du même jour :

[TRADUCTION] La section locale nº 31 n'est pas disposée à accepter les conditions ou la proposition contenue dans votre lettre. Mon client exige que M. Evans se présente au travail le lundi 2 juin 2003. Il travaillera pendant la période de préavis de 24 mois, soit du 1er janvier 2003 au 31 décembre 2004. [Je souligne.]

[75] En réponse, M. Macdonald a répété que selon lui, on n'avait jamais donné à M. Evans un préavis de 24 mois et que, dans les circonstances,

cannot rationally be expected to respond positively to your client's directive to return to work".

[76] When Mr. Evans failed to come to work on June 2, 2003, the Teamsters sent Mr. Macdonald a letter the same day, purporting to terminate Mr. Evans for cause. The letter stated: "The immediate cause [for dismissal] is the fact that he is AWOL, and guilty of insubordination."

[77] On June 3, the Teamsters posted a notice to its members that it was accepting applications for the position of business representative in the Yukon Territory.

Prior Proceedings

[78] On March 11, 2004, Veale J. made a pre-trial order declaring that Mr. Evans' employment was terminated by the Teamsters on January 2, 2003.

[79] The trial took place before Gower J. of the Yukon Territory Supreme Court. He found that Mr. Evans was dismissed without notice, and, therefore, wrongfully, on January 2, 2003.

[80] At trial, the Teamsters argued that the purpose of Mr. Hennessy's phone call to Mr. Evans on January 2 was to negotiate a period of working notice. That argument was firmly rejected by Gower J., who concluded that Mr. Hennessy's intention during that call was to continue to rely on s. 13 of the Bylaws as authority for terminating Mr. Evans that day without notice.

[81] The Teamsters also argued that Mr. Evans had received 24 months' working notice, including the 5 months of pay in lieu of notice while the parties were negotiating, and 19 months' working notice commencing June 2. They also submitted that it was "completely unreasonable" for Mr. Evans to refuse the offer made in the letter of May 23. In so doing, he failed to take reasonable steps to mitigate his damages.

[TRADUCTION] « on ne saurait s'attendre rationnellement à ce qu'il réponde positivement à la directive de retour au travail donnée par votre client ».

[76] Monsieur Evans ne s'étant pas présenté au travail le 2 juin 2003, les Teamsters ont envoyé le jour même à M. Macdonald une lettre faisant état du congédiement motivé de M. Evans. Il était indiqué dans cette lettre que [TRADUCTION] « [l]e motif immédiat [du congédiement] réside dans le fait qu'il est absent sans autorisation et qu'il est coupable d'insubordination. »

[77] Le 3 juin, les Teamsters affichaient un avis informant leurs membres qu'ils acceptaient les candidatures au poste de représentant d'affaires dans le territoire du Yukon.

Historique des procédures

[78] Le 11 mars 2004, le juge Veale a déclaré, dans une ordonnance préalable au procès, que les Teamsters avaient congédié M. Evans le 2 janvier 2003.

[79] Le procès s'est déroulé devant le juge Gower de la Cour suprême du Yukon. Il a conclu que M. Evans avait été congédié sans préavis, et donc de manière injustifiée, le 2 janvier 2003.

[80] Au procès, les Teamsters ont fait valoir que l'appel téléphonique de M. Hennessy à M. Evans le 2 janvier avait pour objet de négocier une période de préavis. Cet argument a été rejeté fermement par le juge Gower qui a conclu que, lors de cet appel, M. Hennessy avait l'intention de continuer à invoquer l'art. 13 des statuts pour justifier le congédiement sans préavis de M. Evans ce jour-là.

[81] Les Teamsters ont aussi fait valoir que M. Evans avait reçu un préavis de 24 mois, y compris les 5 mois d'indemnité de préavis pendant que les parties négociaient, et un préavis de 19 mois commençant le 2 juin. Ils ont également soutenu qu'il était [TRADUCTION] « tout à fait déraisonnable » de la part de M. Evans de refuser l'offre faite dans la lettre du 23 mai. Il avait ainsi omis de prendre des mesures raisonnables pour limiter son préjudice.

[82] Gower J. also categorically rejected this submission. He found that the letter of May 23 was "entirely incapable of being interpreted as an offer of re-employment". Rather, he found it to be a "demand which, if refused, would result in Mr. Evans' termination" (para. 81). He held that it was not an unreasonable position for Mr. Evans to return to work if his termination letter was rescinded, based on Mr. Evans' knowledge that the termination letter of Mr. Owens was rescinded.

[83] He also found that it was reasonable for Mr. Evans to refuse the Teamsters' demand to return to work on June 2. He gave nine reasons for this conclusion:

1. From Mr. Evans' subjective perspective, he had been "treated like a dog" by Mr. Hennessy when he was terminated without cause or notice on January 2nd.

2. Mr. Evans also knew, from the opportunity to review Mr. McGrady's legal opinion of December 31, 2002, that this was a planned and deliberate course of action by the Union.

3. When Mr. Hennessy called Mr. Evans on the telephone to discuss the matter, he made no mention whatsoever about working notice or pay in lieu of notice. Rather, as I have found, the only accommodation Mr. Hennessy was prepared to make, and even that was less than clear, was to mention the possibility of re-hiring Mr. Evans for a renewed fixed term of employment.

4. In March 2003, the Union sent in KPMG Chartered Accountants to perform an audit of the Whitehorse office without any prior notice whatsoever to Mr. Evans. Although the Union's evidence was that this was done strictly for the purpose of assessing property management issues relating to the Union's office building, it appears as though the auditors acted more like a forensic team in their comprehensive search and seizure of documents. Understandably, Mr. Evans felt threatened and demeaned by the audit and his concerns in that regard were no doubt exacerbated by the fact that Mr. McGrady's letters of April 3rd, May 5th and May 23rd, 2003 were all prefaced as regarding the "KPMG Report".

[82] Le juge Gower a également rejeté catégoriquement cette thèse. Selon lui, la lettre du 23 mai [TRADUCTION] « ne pouvait absolument pas être interprétée comme une offre de réengagement ». Il s'agissait plutôt pour lui d'une [TRADUCTION] « exigence qui, si elle était refusée, entraînerait le congédiement de M. Evans » (par. 81). Il a jugé qu'il n'était pas déraisonnable de la part de M. Evans de dire qu'il retournerait au travail si la lettre de congédiement était annulée, puisqu'il savait que la lettre de congédiement de M. Owens avait été annulée.

[83] Il a également jugé raisonnable le refus de M. Evans de se plier à l'exigence des Teamsters concernant son retour au travail le 2 juin. Il a invoqué neuf raisons pour justifier cette conclusion :

[TRADUCTION]

1. Du point de vue subjectif de M. Evans, il avait été « traité comme un chien » par M. Hennessy lorsque ce dernier l'a congédié sans motif valable ni préavis le 2 janvier.

2. Monsieur Evans savait aussi, ayant eu l'occasion d'examiner l'opinion juridique de M. McGrady datée du 31 décembre 2002, qu'il s'agissait d'une ligne de conduite délibérée de la part du syndicat.

3. Lorsque M. Hennessy a téléphoné à M. Evans pour discuter de l'affaire, il n'a fait aucune mention d'un préavis ou d'une indemnité de préavis. Le seul compromis auquel s'est montré disposé M. Hennessy, selon ma conclusion — et encore, ce n'était pas clair — a plutôt consisté à mentionner la possibilité de réengager M. Evans pour une durée déterminée.

4. En mars 2003, le syndicat a envoyé des experts-comptables de KPMG procéder à une vérification au bureau de Whitehorse, sans en avoir aucunement avisé M. Evans au préalable. Même si la preuve présentée par le syndicat indiquait que cette vérification portait strictement sur des questions relatives à la gestion de l'immeuble du syndicat, il semble que les vérificateurs aient plutôt agi comme une équipe de juricomptables se livrant à la recherche et à la saisie systématique de documents. On peut comprendre que M. Evans se soit senti menacé et humilié par la vérification, et ses craintes à cet égard ont certainement été exacerbées par le fait que les lettres de M. McGrady datées des 3 avril, 5 mai et 23 mai 2003 commençaient toutes par une mention indiquant qu'elles concernaient le « rapport de KPMG ».

5. Mr. Evans' fellow business agent in Prince George, Jim Jeffery, who had also been terminated on January 2, 2003, was re-instated effective January 15th with seven months working notice. However, he was subsequently terminated for cause and he telephoned Mr. Evans to inform him of this turn of events.

6. On the other hand, another of Mr. Evans fellow business agents, Ron Owens, who was also terminated on January 2, 2003, had been re-instated effective January 16th and his termination letter had been rescinded. Mr. Evans could not fathom why he was being treated differently from Mr. Owens. Thus, it is understandable that he would have assumed the worst about the Union's motives towards him.

7. There is evidence from Mr. Evans that it was well known in Whitehorse that he had been terminated by the Union. Consequently, Mr. Evans' belief that he would no longer have the respect of employers and would not be able to perform effectively as a business agent was not without foundation.

8. There was also evidence from Jim Fairbrother, the Union's dispatcher in the Vancouver office, that after the election of the new executive, he felt ostracized because he had previously supported the outgoing president, Mr. Zimmerman. He felt the conditions in the Vancouver officer were "quite bad" and that he found it difficult to work under those conditions. Further, Mr. Fairbrother was of the view that Mr. Hennessy and Mr. Peterson, the newly elected secretary treasurer, both had "an absolute hatred" towards the appointed business agents. Finally, after Mr. Fairbrother learned that Mr. Evans had been terminated, he telephoned him and talked to him about what was happening in the Vancouver office. The Union's counsel argued that, viewed objectively, Mr. Fairbrother's complaints about being treated badly in the Vancouver office were over-stated and without foundation. While that may be, there is no reason that Mr. Evans should have known that at the time he received this information from Mr. Fairbrother. Therefore, it was not unreasonable for Mr. Evans to consider this information and rely upon it as part of his overall assessment of whether he could continue to work with the Union in all of the circumstances.

9. Further, the outgoing president, Garnet Zimmerman, testified that the campaign prior to the election in December 2002 had been hard fought and difficult. In direct examination he said:

5. Le collègue de M. Evans occupant le poste d'agent d'affaires à Prince George, Jim Jeffery, qui avait lui aussi été congédié le 2 janvier 2003, a été réintégré dans son poste le 15 janvier avec un préavis de sept mois. Il a cependant été congédié pour un motif valable par la suite et il a téléphoné à M. Evans pour l'informer de ce qui lui arrivait.

6. Par ailleurs, un autre collègue de M. Evans exerçant les fonctions d'agent d'affaires, Ron Owens, également congédié le 2 janvier 2003, avait été réintégré dans son poste le 16 janvier et sa lettre de congédiement avait été annulée. M. Evans ne comprenait pas du tout pourquoi il était traité différemment de M. Owens. On peut donc comprendre qu'il ait supposé le pire quant aux intentions du syndicat à son endroit.

7. D'après le témoignage de M. Evans, il était bien connu à Whitehorse qu'il avait été congédié par le syndicat. Par conséquent, ce n'était pas sans raison que M. Evans croyait qu'il ne jouirait plus du respect des employeurs et qu'il ne serait pas en mesure d'exercer efficacement la fonction d'agent d'affaires.

8. Il y avait également le témoignage de Jim Fairbrother, le répartiteur du syndicat au bureau de Vancouver, selon lequel il s'est senti ostracisé après l'élection des nouveaux dirigeants pour avoir auparavant appuyé le président sortant, M. Zimmerman. Il estimait que la situation au bureau de Vancouver était « très mauvaise » et il trouvait difficile de travailler dans de telles conditions. M. Fairbrother était en outre d'avis que M. Hennessy et M. Peterson, le secrétaire-trésorier nouvellement élu, vouaient tous deux « une haine absolue » aux agents d'affaires nommés. Finalement, lorsque M. Fairbrother a appris le congédiement de M. Evans, il a téléphoné à ce dernier pour lui raconter ce qui se passait au bureau de Vancouver. L'avocat du syndicat a soutenu que, considérées objectivement, les plaintes de M. Fairbrother quant au mauvais traitement dont il aurait fait l'objet au bureau de Vancouver étaient exagérées et sans fondement. C'est possible, mais M. Evans n'avait aucune raison de le savoir lorsqu'il a reçu cette information de M. Fairbrother. Il n'était donc pas déraisonnable de la part de M. Evans de prendre cette information en considération lorsqu'il lui a fallu décider s'il pouvait continuer à travailler pour le syndicat à la lumière de l'ensemble des circonstances.

9. En outre, le président sortant, M. Garnet Zimmerman, a témoigné que la campagne en vue des élections de décembre 2002 avait été âprement disputée et difficile. Lors de son interrogatoire principal, il a déclaré :

> ". . . Teamster politics are tough at the best of times, but this was a fairly contentious -- I think it was nasty election. It certainly wasn't run on the cleanest fronts, I will say, with our opposition. I think that they used every trick in the book that they could and ultimately were successful in it".

Mr. Hennessy was asked in cross-examination whether the election was "bitterly contested". He replied, "It was a hard worked election, yes", and that he and Mr. Zimmerman were not really on speaking terms afterwards. Mr. Evans had been a supporter of Mr. Zimmerman during the campaign and the two spoke over the telephone about the issue of Mr. Evans' termination. Mr. Evans was aware of the contentious nature of the election and it was not unreasonable for him to factor this into his consideration of whether to return to the Union's employment. [para. 83]

[84] Gower J. concluded that in these circumstances, the Teamsters had not satisfied their burden of showing that Mr. Evans acted unreasonably in refusing to come back to his former workplace. He distinguished those cases relied on by the Teamsters — holding that an employee's failure to accept work with the employer who terminated him may constitute a failure to mitigate — on the basis that they were constructive dismissals. Citing *Cox v. Robertson* (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640, he concluded that in cases of wrongful dismissal, it would be rare to find that the duty to mitigate requires a return to the former workplace. In most cases, he observed, the relationship is so frayed that no reasonable person would expect the parties to work together again harmoniously. Employees cannot be required to return to "an atmosphere of hostility, embarrassment or humiliation" (*Farquhar v. Butler Brothers Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89 (C.A.), at p. 94).

[85] Gower J. also rejected the Teamsters' argument that by demanding reinstatement, Mr. Evans was attempting to obtain 29 months' notice; that is, that he was requesting reinstatement in order to get 24 months' notice of termination in addition to

> « . . . La politique, chez les Teamsters, est rude dans le meilleur des cas, mais ces élections-là se sont déroulées dans un climat d'antagonisme -- je dirais de méchanceté. Elles n'ont certainement pas été conduites de la façon la plus propre, je dirais, quant à notre opposition. Je pense qu'ils ont eu recours à tous les trucs possibles, et ils ont fini par l'emporter ».

On a demandé à M. Hennessy, lors du contre-interrogatoire, si l'élection avait été « âprement disputée ». Il a répondu : « Ç'a été des élections difficiles, en effet », et a ajouté que lui et M. Zimmerman n'avaient plus vraiment envie de s'adresser la parole par la suite. M. Evans avait appuyé M. Zimmerman lors de la campagne électorale, et les deux se sont parlé au téléphone au sujet du congédiement de M. Evans. M. Evans était au courant de l'antagonisme qui avait marqué les élections et il n'était pas déraisonnable de sa part de tenir compte de ce fait lorsqu'il lui a fallu décider s'il devait recommencer à travailler pour le syndicat. [par. 83]

[84] Le juge Gower a conclu que, dans ces circonstances, les Teamsters n'avaient pas établi, comme il leur incombait, que M. Evans avait agi d'une façon déraisonnable en refusant de reprendre son poste. Il a établi une distinction avec les décisions invoquées par les Teamsters — selon lesquelles le refus d'un employé d'accepter de travailler pour l'employeur qui l'a congédié peut constituer un refus de limiter son préjudice — au motif qu'il s'agissait de congédiements déguisés. En citant *Cox c. Robertson* (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640, il a déclaré que dans les causes de congédiement injustifié, on conclura rarement que l'obligation de limiter le préjudice suppose un retour de l'ex-employé à son ancien poste. Dans la plupart des cas, a-t-il précisé, la relation est si détériorée qu'une personne raisonnable ne s'attendrait pas à voir les parties travailler ensemble de nouveau dans l'harmonie. On ne peut exiger des employés qu'ils retournent travailler dans [TRADUCTION] « un climat d'hostilité, de gêne ou d'humiliation » (*Farquhar c. Butler Brothers Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89 (C.A.), p. 94).

[85] Le juge Gower a aussi rejeté l'argument des Teamsters suivant lequel M. Evans, en exigeant sa réintégration, tentait d'obtenir un préavis de 29 mois; autrement dit, qu'il demandait sa réintégration afin d'obtenir un préavis de congédiement

the months he was paid while the negotiations were taking place. He found that Mr. Evans' true motivation was not a desire for a "longer notice period" (para. 99), but to be treated the same way as his fellow business agent, Ron Owens, whose letter of termination had been rescinded in January. In any event, he found it "highly unlikely that Mr. Evans would have been able to successfully argue for an *additional* period of 24 months notice . . . especially so when both parties agree that 24 months notice, regardless of whether it is a combination of working notice or pay in lieu, is the probable maximum in these circumstances" (para. 98 (emphasis in original)).

[86] Gower J., while not "particularly impressed" with Mr. Evans' efforts to get alternate employment, found that the Teamsters had not discharged their burden of showing that "not only did Mr. Evans fail to make reasonable efforts to find work, but that had he done so, he likely would have found comparable alternative employment in the Yukon" (para. 67). As a result, he held that Mr. Evans was entitled to 22 months' notice, and awarded him $100,008.79 in damages, representing the salary and allowances owed to him.

[87] This decision was overturned on appeal by the Yukon Court of Appeal ((2006), 231 B.C.A.C. 19, 2006 YKCA 14). Emphasizing Gower J.'s factual findings that Mr. Evans was not qualified for other jobs in Whitehorse and that his efforts to find alternative employment were less than impressive, the Court of Appeal drew the inference that "Mr. Evans knew that a return to his previous employer was the only way he had to fulfil this obligation [to mitigate his damages]" (para. 31). It concluded that the letter of May 23 made it clear to Mr. Evans, and Mr. Evans understood, that there was a job open to him, and that he would be paid for two years from January 2, 2003. In those circumstances, the Court of Appeal found Gower J.'s finding that there was

de 24 mois en plus des mois pendant lesquels il avait été rémunéré alors que les négociations se déroulaient. Il a conclu que ce qui motivait véritablement M. Evans n'était pas le désir d'avoir un [TRADUCTION] « préavis plus long » (par. 99), mais celui d'être traité de la même manière que son collègue, l'agent d'affaires Ron Owens, dont la lettre de congédiement avait été annulée en janvier. De toute façon, il a conclu qu'il était [TRADUCTION] « très improbable que M. Evans aurait pu faire valoir avec succès qu'il avait droit à une période *additionnelle* de préavis de 24 mois . . . surtout lorsque les deux parties s'entendent pour dire qu'un préavis de 24 mois, peu importe qu'il soit constitué d'un préavis et d'une indemnité de préavis, est le maximum probable dans de telles circonstances » (par. 98 (en italique dans l'original)).

[86] Le juge Gower, tout en disant n'être [TRADUCTION] « pas particulièrement impressionné » par les efforts de M. Evans pour trouver un autre emploi, a estimé que les Teamsters n'avaient pas établi, comme il leur incombait, que [TRADUCTION] « non seulement M. Evans n'a pas fait d'efforts raisonnables pour trouver un emploi, mais [que] s'il l'avait fait, il aurait vraisemblablement trouvé un autre emploi comparable au Yukon » (par. 67). Il a par conséquent conclu que M. Evans avait droit à un préavis de 22 mois et lui a accordé 100 008,79 $ en dommages-intérêts, somme correspondant au salaire et aux indemnités qui lui étaient dus.

[87] Cette décision a été infirmée en appel par la Cour d'appel du Yukon ((2006), 231 B.C.A.C. 19, 2006 YKCA 14). Soulignant les conclusions de fait du juge Gower selon lesquelles M. Evans n'était pas qualifié pour exercer d'autres emplois à Whitehorse et ses efforts pour trouver un autre emploi n'étaient pas très impressionnants, la Cour d'appel en a inféré que [TRADUCTION] « M. Evans savait que la seule façon dont il pouvait s'acquitter de cette obligation [de limiter son préjudice] était de retourner travailler pour son ancien employeur » (par. 31). Elle a conclu que la lettre du 23 mai indiquait clairement à M. Evans — ce qu'il a du reste compris — qu'un poste lui était offert et qu'il serait payé pendant deux ans à partir du 2 janvier 2003. La Cour d'appel a

no genuine offer of re-employment to be "clearly wrong".

[88] The Court of Appeal found that Gower J. had also erred in applying a "purely subjective" test when he concluded that Mr. Evans' "fears" were not without foundation (para. 47). In its view, Mr. Evans' refusal to return to work was objectively unreasonable:

> The evidence does not support the conclusion that Mr. Evans' circumstances, viewed objectively, justified his refusal to resume employment with the union. [para. 57]

[89] Nor did the Court of Appeal agree with Gower J.'s conclusion that there was a distinction between wrongful and constructive dismissals in assessing the duty to mitigate. In particular, it disagreed with the conclusion that in the case of wrongful dismissals, employees will rarely be required to return to their former employers to mitigate damages, concluding instead: "Where the facts of the case, viewed objectively, warrant it, mitigation requires just that" (para. 52).

[90] Notwithstanding the trial judge's express findings to the contrary, the Court of Appeal also concluded that Mr. Evans' demand that he be reinstated as an indefinite term employee was an unreasonable expectation designed to give Mr. Evans the opportunity to extend his notice period to 29 months. Stating that it was not open to the trial judge "to find other than that it was unreasonable for Mr. Evans to refuse the offer", the Court of Appeal concluded that Mr. Evans "should have returned to employment for the union shortly after his termination on 2 January 2003" (paras. 55 and 59). Because "Mr. Evans failed to act reasonably with respect to the job offer made to him by the union", the damages award was set aside in its entirety (para. 59).

estimé que, vu ces circonstances, la conclusion du juge Gower quant à l'absence d'une véritable offre de réengagement était [TRADUCTION] « clairement erronée ».

[88] Le juge Gower avait aussi fait une erreur, selon la Cour d'appel, en appliquant un critère [TRADUCTION] « purement subjectif » pour conclure que les [TRADUCTION] « craintes » de M. Evans n'étaient pas sans fondement (par. 47). Selon elle, le refus de M. Evans de retourner au travail était objectivement déraisonnable :

> [TRADUCTION] La preuve ne permet pas de conclure que la situation de M. Evans, considérée objectivement, justifiait son refus de reprendre son emploi auprès du syndicat. [par. 57]

[89] La Cour d'appel n'était pas non plus d'accord avec le juge Gower pour conclure que, pour l'appréciation de l'obligation de limiter le préjudice, il fallait distinguer les congédiements injustifiés et les congédiements déguisés. Elle ne souscrivait pas, en particulier, à la conclusion suivant laquelle l'employé victime d'un congédiement injustifié sera rarement tenu de retourner travailler pour son ancien employeur afin de limiter son préjudice, estimant plutôt que [TRADUCTION] « [l]orsque les faits de l'espèce, considérés objectivement, le justifient, c'est précisément ce qu'exige la limitation du préjudice » (par. 52).

[90] Malgré les conclusions contraires explicites du juge de première instance, la Cour d'appel a également vu, dans la demande de M. Evans concernant sa réintégration à titre d'employé à durée indéterminée, une attente déraisonnable visant à lui donner la possibilité de faire passer à 29 mois la durée de son préavis. En déclarant qu'il n'était pas loisible au juge de première instance [TRADUCTION] « de ne pas conclure qu'il était déraisonnable de la part de M. Evans de refuser l'offre », la Cour d'appel est arrivée à la conclusion que M. Evans [TRADUCTION] « aurait dû retourner travailler pour le syndicat peu après son congédiement le 2 janvier 2003 » (par. 55 et 59). Parce que [TRADUCTION] « M. Evans n'avait pas agi d'une manière raisonnable quant à l'offre du syndicat », la Cour d'appel a annulé en totalité les dommages-intérêts qui lui avaient été accordés (par. 59).

Analysis

[91] The issue in this appeal centres on the trial judge's conclusion that it was not unreasonable for Mr. Evans to refuse to return to work on June 2. In particular, the issue is whether the decision not to return to work constitutes a failure by Mr. Evans to take reasonable steps to mitigate his damages.

[92] In my view, the result of the Court of Appeal's decision is that the Teamsters have been permitted to unilaterally transform their unlawful treatment of Mr. Evans on January 2, which had entitled him to a considerable period of notice, into a lawful dismissal on June 2 which entitled him to no notice. With respect, this flies in the face not only of the law of wrongful dismissal, but also of the trial judge's factual findings.

[93] This Court has recognized employment contracts as a unique subset of contracts marked by an inherent imbalance of bargaining power, making the wholesale, uncritical acceptance of principles from contract law inappropriate (*Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986). The uniqueness of employment contracts was well explained by Professor Judy Fudge as follows:

Both the nature of the employment relationship, that is, the rights and duties that define it, and the nature of the commodity sold, which is the human capacity to work, create pressures that are hard to contain within the conceptual boundaries of contract. Historically, the employment contract emerged out of, and was infused with, master and servant law. Employment is an asymmetrical relationship in which the employee implicitly cedes authority to the employer. Inequality is not just a question of bargaining power; it is an essential institutional feature of employment that the employer has a unilateral and residual right of control and the employee has an open-ended duty of obedience. Moreover, concepts of contract law must accommodate the distinctive object of the exchange in employment — the capacity of human beings to labour. In a liberal society, human

Analyse

[91] La question à trancher dans le présent pourvoi concerne essentiellement la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'était pas déraisonnable de la part de M. Evans de refuser de retourner au travail le 2 juin. Il s'agit en particulier de déterminer si sa décision de ne pas le faire constituait de sa part un refus de prendre des mesures raisonnables pour limiter son préjudice.

[92] La décision de la Cour d'appel a eu pour résultat, selon moi, de permettre aux Teamsters de transformer unilatéralement la façon illicite dont ils ont traité M. Evans le 2 janvier, qui lui donnait droit à un préavis d'une durée considérable, en un congédiement légal, le 2 juin, qui ne lui donnait droit à aucun préavis. Avec égards, cela à mon avis va à l'encontre non seulement des règles de droit relatives au congédiement injustifié, mais aussi des conclusions de fait du juge de première instance.

[93] Notre Cour a reconnu que les contrats de travail forment un sous-ensemble tout à fait particulier de contrats, caractérisé par un déséquilibre inhérent dans le pouvoir de négociation qui rend inappropriée l'acceptation en bloc et sans réserve des principes du droit des contrats (*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986). La professeure Judy Fudge a bien expliqué ce caractère tout à fait particulier des contrats de travail :

[TRADUCTION] Tant la nature de la relation d'emploi, à savoir les droits et les obligations qui la définissent, que la nature de ce qui est vendu, soit la capacité humaine de travail, créent des pressions difficiles à circonscrire dans les limites conceptuelles du contrat. Historiquement, le contrat de travail est issu du droit relatif à la relation de commettant à préposé et il en est imprégné. La relation d'emploi est une relation asymétrique dans laquelle l'employé cède implicitement une autorité à l'employeur. L'inégalité n'est pas simplement une question de pouvoir de négociation; une caractéristique institutionnelle essentielle de la relation d'emploi consiste dans le fait que l'employeur jouit d'un droit de contrôle unilatéral et résiduel, tandis que l'employé a une obligation d'obéissance indéfinie. En outre, les concepts du droit des contrats doivent être adaptés

beings are to be treated with dignity and respect. The employee is both the subject and object of the employment contract, with the result that the employment relationship helps to define an individual employee's self-worth.

(Judy Fudge, "The Limits of Good Faith in the Contract of Employment: From *Addis* to *Vorvis* to *Wallace* and Back Again?" (2007), 32 *Queen's L.J.* 529, at p. 530)

[94] Because of the inherent imbalance in bargaining power, the central role that work plays in the individual's sense of identity, and the recognition that "[t]he point at which the employment relationship ruptures is the time when the employee is most vulnerable and hence, most in need of protection", this Court has sought to "encourage conduct that minimizes the damage and dislocation (both economic and personal)" inherent in the termination of employment (*Wallace*, *per* Iacobucci J., at para. 95).

[95] The law has, accordingly, imposed "an implied obligation in the employment contract to give reasonable notice of an intention to terminate the relationship (or pay in lieu thereof) in the absence of just cause for dismissal" (*Wallace*, *per* McLachlin J., at para. 115). This period of reasonable notice aims to "cushion the blow of unemployment" (G. England, "Recent Developments in the Law of the Employment Contract: Continuing Tension Between the Rights Paradigm and the Efficiency Paradigm" (1994-95), 20 *Queen's L.J.* 557, p. 599).

[96] The majority's reasons in this Court suggest that there is "little practical difference" between terminating an employee by giving notice and dismissing an employee without notice but later offering re-employment for a period of time that would have constituted reasonable notice (para. 29). In suggesting that it is "nonsensical to say that when this ongoing relationship is termed 'working notice' it is acceptable but when it is termed 'mitigation' it

à l'objet distinctif de l'échange dans la relation d'emploi — la capacité de travail des êtres humains. Dans une société libérale, les êtres humains doivent être traités avec dignité et respect. L'employé est à la fois le sujet et l'objet du contrat de travail, si bien que la relation d'emploi contribue à définir la valeur personnelle de l'employé.

(Judy Fudge, « The Limits of Good Faith in the Contract of Employment : From *Addis* to *Vorvis* to *Wallace* and Back Again? » (2007), 32 *Queen's L.J.* 529, p. 530)

[94] Étant donné le déséquilibre inhérent dans le pouvoir de négociation, le rôle central du travail dans le sentiment d'identité de l'individu et la reconnaissance du fait que « [l]e moment où il y a rupture de la relation entre l'employeur et l'employé est celui où l'employé est le plus vulnérable et a donc le plus besoin de protection », notre Cour a voulu « encourager les comportements qui réduisent au minimum le préjudice et le bouleversement (tant économique que personnel) » inhérents à la cessation d'emploi (*Wallace*, le juge Iacobucci, par. 95).

[95] Le droit a pour cette raison imposé une « obligation implicite du contrat de travail de donner un préavis raisonnable de l'intention de mettre fin à la relation employeur-employé (ou de verser un salaire tenant lieu de préavis) en l'absence d'un motif valable de congédiement » (*Wallace*, la juge McLachlin, par. 115). Ce préavis raisonnable vise à [TRADUCTION] « amortir le choc du chômage » (G. England, « Recent Developments in the Law of the Employment Contract : Continuing Tension Between the Rights Paradigm and the Efficiency Paradigm » (1994-1995), 20 *Queen's L.J.* 557, p. 599).

[96] Selon les motifs des juges majoritaires de notre Cour, il y aurait « peu de différence en pratique » entre le fait de congédier un employé en lui donnant un préavis et le fait de le congédier sans préavis mais de lui offrir par la suite de le réengager pour une période qui aurait constitué un préavis raisonnable (par. 29). En avançant qu'il est « absurde [. . .] de dire que le maintien de cette relation est acceptable lorsqu'il est qualifié de "préavis" mais ne

is not", the majority, with respect, fundamentally changes the obligations of an employer upon termination and appears to remove critical protection from an employee at a time when, as this Court observed in *Wallace*, "the employee is most vulnerable" (para. 95).

[97] Mitigation is a limiting principle in damages, imported into the employment context from contract law (*Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 65). Professor Waddams explored the basis of the rule of mitigation in his work on *The Law of Damages* (loose-leaf):

> A plaintiff is not entitled to recover compensation for loss that could, by taking reasonable action, have been avoided. This rule rests partly on the principle of causation: losses that could reasonably have been avoided are caused by the plaintiff's inaction rather than by the defendant's wrong and partly on a policy of avoiding economic waste. [¶ 15.70]

In *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067 (C.A.), Pearson L.J. explained:

> . . . it is important to appreciate the true nature of the so-called "duty to mitigate the loss" or "duty to minimise the damage." The plaintiff is not under any actual obligation to adopt the cheaper method: if he wishes to adopt the more expensive method, he is at liberty to do so and by doing so he commits no wrong against the defendant or anyone else. The true meaning is that the plaintiff is not entitled to charge the defendant by way of damages with any greater sum than that which he reasonably needs to expend for the purpose of making good the loss. [Emphasis added; p. 1075.]

[98] The leading judgment from this Court explaining how the principle of mitigation is to be applied in the employment context is *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324, at pp. 329-30, where Laskin C.J. (writing for the majority) approved the following statement from Rand J., dissenting, in *Cemco Electrical Manufacturing Co. v. Van Snellenberg*, [1947] S.C.R. 121:

l'est pas lorsqu'il est qualifié de "limitation du préjudice" », j'estime avec égards que la majorité modifie fondamentalement les obligations de l'employeur au moment du congédiement, et elle semble retirer à l'employé une protection cruciale à un moment où, comme l'a souligné la Cour dans *Wallace*, « l'employé est le plus vulnérable » (par. 95).

[97] La limitation du préjudice est un principe du droit des contrats qui a été repris dans le contexte du contrat de travail (*Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 65). Le professeur Waddams s'est penché sur le fondement de la règle de la limitation du préjudice dans son ouvrage *The Law of Damages* (feuilles mobiles) :

> [TRADUCTION] Un demandeur n'a pas le droit d'obtenir une indemnisation à l'égard d'une perte qu'il aurait pu éviter en prenant des mesures raisonnables. Cette règle repose en partie sur le principe de la causalité : les pertes qui auraient pu raisonnablement être évitées sont causées par l'inaction du demandeur plutôt que par le délit du défendeur, et en partie sur le souci d'éviter un gaspillage économique. [¶ 15.70]

Dans *Darbishire c. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067 (C.A.), le lord juge Pearson a donné cette explication :

> [TRADUCTION] . . . il est important de saisir la vraie nature de ce qu'on appelle « l'obligation de réduire les pertes » ou « l'obligation de limiter le préjudice. » Le demandeur n'a pas d'obligation contractuelle de choisir la méthode la plus économique : s'il souhaite adopter la méthode plus coûteuse, il a la liberté de le faire et ne commet pas de faute contre le défendeur ou qui que ce soit d'autre en le faisant. Cela signifie en réalité que le demandeur n'a pas le droit de faire payer au défendeur, sous forme de dommages-intérêts, une somme plus considérable que celle dont il a raisonnablement besoin pour réparer la perte subie. [Je souligne; p. 1075.]

[98] L'arrêt de notre Cour faisant autorité sur la manière dont il convient d'appliquer le principe de la limitation du préjudice dans le contexte de la relation de travail est *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324, p. 329-330. Le juge en chef Laskin (s'exprimant au nom de la majorité) y a approuvé les observations suivantes du juge Rand, dissident, dans *Cemco Electrical Manufacturing Co. c. Van Snellenberg*, [1947] R.C.S. 121 :

The principle of mitigation is a necessary corollary of the basis of damages, namely, that they have arisen in a legal sense from a violation of a right. Underlying this is the assumption that a person must concern himself with his own interest if he would seek from the law the vindication of his civil engagements. In a contract of employment, the remuneration is either for work done or for the commitment to work. Upon a dismissal which is a repudiation of the obligation to accept the one or the other, as the remedy of specific performance is not available, the employee's capacity to work is now released to him to be used as he sees fit. He may decide to waste it or he may demand that the employer make good its full utility. In that event, he must act reasonably in seeking to employ it as he would or might have had the particular engagement not been made. It is the loss of earnings resulting from a denial of a right to use or commit his working capacity profitably that is the substance of his claim, and as he must prove his damages, it must appear that they arose from the breach of contract. [Emphasis added; p. 128.]

[TRADUCTION] Le principe de mitigation est un corollaire nécessaire du concept de dommages-intérêts, c'est-à-dire que ces derniers découlent, au sens juridique, de la violation d'un droit. Sous-jacente à cette affirmation il y a le postulat qu'une personne se doit de veiller à son propre intérêt si elle désire que la loi assure l'exécution de ses obligations civiles. Dans un contrat de travail, la rémunération est offerte en retour d'un travail effectué ou d'un engagement à effectuer un travail. Lorsqu'il y a licenciement, c'est-à-dire répudiation de l'obligation d'accepter l'un ou l'autre, et puisqu'on ne peut recourir à une action en exécution même de l'obligation, l'employé est dorénavant libre de mettre à profit, comme il l'entend, sa capacité de travailler. Il peut choisir de la gaspiller ou il peut demander à l'employeur de compenser son plein rendement. Dans cette alternative, l'employé doit raisonnablement chercher à mettre à profit sa capacité comme il le ferait ou l'aurait fait s'il n'avait pas été embauché. Le fondement de sa réclamation doit être la perte de revenu découlant du déni du droit de mettre à profit sa capacité de travailler, et puisqu'il doit prouver les dommages qu'il a subis, il doit être clair qu'ils découlent de la violation du contrat. [Je souligne; p. 128.]

Laskin C.J. framed the "duty" to mitigate as a qualification of the "primary rule in breach of contract cases, that a wronged plaintiff is entitled to be put in as good a position as he would have been in if there had been proper performance by the defendant". The duty underscores the notion that "the defendant cannot be called upon to pay for avoidable losses which would result in an increase in the quantum of damages payable to the plaintiff" (p. 330).

Le juge en chef Laskin a envisagé l'« obligation » de limiter le préjudice comme une réserve à « la règle fondamentale » selon laquelle, dans une « affaire d'inexécution contractuelle, [. . .] un demandeur lésé a le droit d'être mis dans une position aussi favorable que s'il y avait eu exécution régulière de la part du défendeur ». L'obligation met en évidence le principe suivant lequel « le défendeur ne peut être appelé à défrayer toute perte évitable qui résulterait en une augmentation du quantum des dommages-intérêts payables au demandeur » (p. 330).

[99] In *Red Deer College*, at p. 332, the Court held that the burden of proving that an employee has failed to mitigate his or her damages lies with the employer. Laskin C.J. cited Cheshire and Fifoot's *The Law of Contract* (8th ed. 1972), to explain the nature of the burden:

[99] Dans *Red Deer College*, p. 332, la Cour a déclaré qu'il incombe à l'employeur de prouver que l'employé a négligé son devoir de limiter son préjudice. Le juge en chef Laskin a cité le traité de Cheshire et Fifoot *The Law of Contract* (8e éd. 1972) pour expliquer la nature de l'obligation :

. . . the burden which lies on the defendant of proving that the plaintiff has failed in his duty of mitigation is by no means a light one, for this is a case where a party already in breach of contract demands positive action from one who is often innocent of blame. [p. 599]

[TRADUCTION] . . . l'obligation qui incombe au défendeur de prouver que le demandeur a négligé son devoir de limiter son préjudice n'est certes rien de facile car il s'agit d'une situation où une partie, déjà coupable d'inexécution, demande à l'autre partie, qui souvent n'a rien à se reprocher, d'accomplir des gestes concrets. [p. 599]

As this passage suggests, the burden of proof is onerous. This is consistent with the approach to

Comme il ressort de ce passage, il s'agit là d'un lourd fardeau de preuve. Cela cadre avec la façon

mitigation as a principle in damages more generally. As Waddams observed: "In case of doubt, the plaintiff will usually receive the benefit, because it does not lie in the mouth of the defendant to be over-critical of good faith attempts by the plaintiff to avoid difficulty caused by the defendant's wrong" (¶ 15.140).

[100] An employer alleging a failure to mitigate must prove two things: that the employee did not make a reasonable effort to find new work and that had the employee done so, he or she would likely have been able to obtain comparable alternative employment. In other words: that the loss was avoidable.

[101] The question has occasionally arisen whether employees are required to mitigate their losses by accepting re-employment with the same employer who fired them. Beginning in the 1980s, some courts came to accept that in cases of constructive dismissal in which the employment relationship remained one of "mutual understanding and respect", an employee may be expected to accept alternative employment with the employer to mitigate his or her losses (*Farquhar*, at p. 95).

[102] Counsel for the Teamsters conceded before us, graciously, that he knew of no case where this principle has been applied when an employee has been wrongfully dismissed. This is not surprising, given that courts have consistently acknowledged the conceptual difference between the two forms of dismissal.

[103] As the Alberta Court of Appeal said in *Christianson v. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747:

> In wrongful dismissal cases, . . . the plaintiff need not mitigate damages by taking a significant demotion, or by going back to the employer who fired him or her. All that is trite law. [p. 750]

The same principle was expressed in *Farquhar* by Lambert J.A.:

dont la limitation du préjudice est abordée en tant que principe en matière plus générale de dommages-intérêts. Comme Waddams l'a fait remarquer, [TRADUCTION] « [e]n cas de doute, on en donnera habituellement le bénéfice au demandeur, parce que le défendeur ne peut pas se montrer trop critique à l'égard des tentatives faites de bonne foi par le demandeur pour se soustraire aux difficultés causées par la faute du défendeur » (¶ 15.140).

[100] L'employeur qui allègue l'absence de limitation du préjudice doit prouver deux choses : que l'employé n'a pas fait d'efforts raisonnables pour trouver un nouveau travail et que, l'eût-il fait, il lui aurait vraisemblablement été possible de trouver un emploi comparable. Autrement dit : que le préjudice était évitable.

[101] On s'est demandé à l'occasion si des employés sont tenus de limiter leur préjudice en acceptant d'être réengagés par l'employeur qui les a congédiés. À partir des années 1980, certains tribunaux en sont venus à accepter que, dans des affaires de congédiement déguisé où la relation d'emploi demeurait empreinte de [TRADUCTION] « compréhension et de respect mutuel », on puisse attendre d'un employé qu'il accepte un autre emploi auprès de l'employeur afin de limiter son préjudice (*Farquhar*, p. 95).

[102] L'avocat des Teamsters a admis de bonne grâce devant nous n'être au fait d'aucune décision dans laquelle ce principe aurait été appliqué dans le contexte d'un congédiement injustifié. Cela n'a rien d'étonnant, les tribunaux ayant reconnu d'une façon constante la différence conceptuelle entre les deux types de congédiement.

[103] Comme l'a dit la Cour d'appel de l'Alberta dans *Christianson c. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747 :

> [TRADUCTION] En matière de congédiement injustifié, [. . .] le demandeur n'a pas à atténuer le préjudice en acceptant une rétrogradation importante, ou en retournant travailler pour l'employeur qui l'a congédié. C'est une règle de droit élémentaire. [p. 750]

Le même principe a été exprimé dans *Farquhar* par le juge Lambert :

If the employer orders the dismissal, then there is normally no question of the employee mitigating his loss by continuing to work for the employer. But if the dismissal is a constructive one, . . . then a question may arise about whether the employee should remain in the work force of the employer, on new terms and under a new arrangement, while he is seeking work elsewhere. [p. 93]

(See also *Smith v. Aker Kvaerner Canada Inc.*, [2005] B.C.J. No. 150 (QL), 2005 BCSC 117, at para. 41.)

[104] It is true, however, that the court in *Cox v. Robertson* appeared to accept the possibility that wrongfully dismissed employees might be expected to mitigate their damages at a former workplace. But, significantly, it concluded that the dismissed employee in that case was not required to return to work, noting that it was "almost amusing, and highly artificial" to suggest that employee and employer could work closely together while the employee was pursuing an action for wrongful dismissal (para. 16).

[105] In my view, the distinction between constructive and wrongful dismissal is an important one. Constructive dismissal occurs when an employer breaks or repudiates a fundamental term of the contract. The employee is then given the option of either accepting the new terms, or treating the contract as at an end and suing for damages. In such circumstances, it may, infrequently, be possible for an employee comfortably to stay on while looking for work elsewhere.

[106] On the other hand, when an employee is fired without cause and without reasonable notice, the dismissal is, at law, "wrongful". The employee is immediately entitled to an action in damages. He or she has lost the job, period. That means, to use the language of Professor Fudge, that the employer has lost the "right of control" and the employee has lost the "open-ended duty of obedience" (p. 530).

[TRADUCTION] Si l'employeur ordonne le congédiement, il sera normalement hors de question que l'employé limite son préjudice en continuant à travailler pour cet employeur. Mais s'il s'agit d'un congédiement déguisé [. . .] il pourra être pertinent de se demander si l'employé devrait continuer à faire partie du personnel de l'employeur, selon de nouvelles conditions et un nouvel arrangement, pendant qu'il cherche du travail ailleurs. [p. 93]

(Voir également *Smith c. Aker Kvaerner Canada Inc.*, [2005] B.C.J. No. 150 (QL), 2005 BCSC 117, par. 41.)

[104] Il est vrai, cependant, que dans *Cox c. Robertson*, la cour a semblé accepter qu'on puisse s'attendre, de la part d'employés congédiés sans motif valable, à ce qu'ils limitent leur préjudice en continuant à travailler pour le même employeur. Mais elle a conclu, il importe de le souligner, que l'employée congédiée en l'espèce n'était pas tenue de reprendre son poste, en ajoutant qu'il était [TRADUCTION] « presque amusant, et extrêmement artificiel » de suggérer qu'une employée et son employeur pouvaient travailler en étroite collaboration alors que l'employée a intenté une action pour congédiement injustifié (par. 16).

[105] Selon moi, la distinction entre congédiement déguisé et congédiement injustifié est importante. Il y a congédiement déguisé lorsqu'un employeur enfreint une condition fondamentale du contrat ou s'estime non lié par elle. L'employé peut alors, ou bien accepter les nouvelles conditions, ou bien considérer le contrat comme résilié et intenter une action en dommages-intérêts. Dans de telles circonstances, il peut arriver, rarement, que l'employé puisse, sans en ressentir de gêne, rester chez l'employeur tout en cherchant du travail ailleurs.

[106] Par ailleurs, lorsqu'un employé est congédié sans motif valable et sans préavis, il s'agit en droit d'un congédiement « injustifié ». L'employé a immédiatement le droit d'intenter une action en dommages-intérêts. Il a perdu son travail, un point c'est tout. Cela veut dire, pour reprendre les termes de la professeure Fudge, que l'employeur a perdu son [TRADUCTION] « droit de contrôle » et que l'employé, lui, a perdu son [TRADUCTION] « obligation d'obéissance indéfinie » (p. 530).

[107] But even if one can assert that a wrongfully dismissed employee's duty to mitigate may include returning to the workplace, I agree with Gower J. (and the existing jurisprudence) that it would only be in "the rare case" that such an expectation would be reasonable (para. 93). The rarity of expecting a dismissed employee to mitigate damages in the same workplace is already well recognized in the case of constructive dismissals. The reason such an expectation should remain a remote and exceptional possibility is explained by David Harris in his text *Wrongful Dismissal* (loose-leaf), vol. 2:

Surely the employee should not be kept on the employer's strings, having to respond at the slightest whim of the same company that deliberately rejected him by the act of dismissal. [p. 4-292.2]

[108] The raw application of the remedial principle of mitigation in the way the Court of Appeal proposes, has the danger of making routine the requirement to accept re-employment with an employer who acted wrongfully. This, in my view, is particularly troubling because it disregards the uniqueness of an employment contract as one of personal service. An employee cannot be forced to work against his or her will. This is reflected in the legal principle that an employer will never be entitled to an order of specific performance. Fry L.J. captured this concept in *De Francesco v. Barnum* (1890), 45 Ch. D. 430, where he said:

For my own part, I should be very unwilling to extend decisions the effect of which is to compel persons who are not desirous of maintaining continuous personal relations with one another to continue those personal relations. I have a strong impression and a strong feeling that it is not in the interest of mankind that the rule of specific performance should be extended to such cases. I think the Courts are bound to be jealous, lest they should turn contracts of service into contracts of slavery . . . . [Emphasis added; p. 438.]

[109] This is a principle that should be most jealously guarded in the case of an employee who has been wrongfully dismissed. It is for that reason

[107] Mais même s'il est possible de prétendre que l'obligation d'un employé congédié sans motif valable de limiter son préjudice peut comporter le retour chez l'employeur, je suis d'accord avec le juge Gower (et avec la jurisprudence existante) pour dire qu'une telle attente serait [TRADUCTION] « rarement » raisonnable (par. 93). Cela est du reste déjà bien reconnu dans les décisions relatives à des congédiements déguisés. Dans un ouvrage intitulé *Wrongful Dismissal* (feuilles mobiles), vol. 2, David Harris a expliqué la raison pour laquelle une telle attente devrait demeurer une possibilité lointaine et exceptionnelle :

[TRADUCTION] L'employé ne devrait certainement pas demeurer sous la domination de l'employeur et devoir se plier au moindre caprice de l'entreprise qui s'est délibérément défaite de lui en le congédiant. [p. 4-292.2]

[108] L'application brute du principe réparateur de la limitation du préjudice telle qu'elle est proposée par la Cour d'appel comporte un danger, celui de donner un caractère habituel à l'obligation d'accepter de recommencer à travailler pour un employeur qui a agi de manière fautive. Cela est à mon sens particulièrement préoccupant parce qu'on se trouve alors à ne faire aucun cas du caractère tout à fait particulier du contrat de travail individuel. Un employé ne peut pas être forcé de travailler contre sa volonté. Cette idée s'exprime dans le principe de droit voulant qu'un employeur ne puisse jamais obtenir une ordonnance d'exécution en nature. Le lord juge Fry a bien décrit cette notion dans *De Francesco c. Barnum* (1890), 45 Ch. D. 430 :

[TRADUCTION] Pour ma part, je ne serais pas du tout disposé à rendre des décisions qui auraient pour effet de contraindre des personnes ne souhaitant pas maintenir des relations personnelles continues les unes avec les autres, à poursuivre ces relations personnelles. J'ai le vif sentiment qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'humanité que la règle de l'exécution en nature soit appliquée dans de telles affaires. Je pense que les tribunaux doivent faire preuve de la plus grande vigilance, s'ils ne veulent pas transformer des contrats de travail en contrats d'esclavage . . . [Je souligne; p. 438.]

[109] C'est là un principe qui doit être jalousement préservé dans le cas d'un employé victime d'un congédiement injustifié. C'est pour cette

that I also have difficulty accepting the Court of Appeal's application of a purely objective test to Mr. Evans' decision not to return to the workplace from which he had been fired. An objective test makes little sense when applied to an analysis that turns on whether a particular dismissed employee should be "obliged to mitigate by working in an atmosphere of hostility, embarrassment or humiliation" (*Farquhar*, at p. 94).

[110] The majority in this Court has accepted the Teamsters' argument that *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, sets out an objective test. In my view, *Reibl v. Hughes* has no application to this case. It involved a consideration of causation in connection with a physician's duty of disclosure to a patient. The Court's reasoning in support of a "modified" objective standard was particular to that specific context and has been found not to apply in other circumstances. In *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634, for example, the Court applied a subjective test to determine whether a manufacturer's failure to warn of risks associated with its product caused the harm complained of.

[111] The Court of Appeal, at para. 50, relied on the following passage from *Cox v. Robertson* to justify the application of an objective standard:

> Probably the leading case on mitigation by re-employment is the judgment of this court in *Farquhar v. Butler Brothers Supplies Ltd.* (*supra*) where the Court stated, at p. 94, that in mitigation of losses, an employee is only required to take such steps as a reasonable person would take. Each case, of course, will be different, but it is clear that while an employee may be under a duty to accept re-employment on a temporary basis in some circumstances, such obligation will arise infrequently because "[v]ery often the relationship . . . will have become so frayed that a reasonable person would not expect both sides to work together again in harmony . . .". [Emphasis added; para. 11.]

raison que j'ai aussi du mal à accepter l'application par la Cour d'appel d'un critère purement objectif à l'égard de la décision de M. Evans de ne pas retourner travailler pour l'employeur qui l'avait congédié. Il n'est pas très logique de recourir à un critère objectif dans le cadre d'une analyse axée sur la question de savoir si un employé qui a été congédié devrait [TRADUCTION] « être obligé, pour limiter son préjudice, de travailler dans un climat d'hostilité, de gêne ou d'humiliation » (*Farquhar*, p. 94).

[110] Les juges majoritaires de notre Cour ont accepté l'argument des Teamsters selon lequel l'arrêt *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, propose un critère objectif. À mon avis, *Reibl c. Hughes* ne s'applique pas en l'espèce. L'affaire soulevait une question de causalité reliée à l'obligation de divulgation d'un médecin envers son patient. Le raisonnement de la Cour à l'appui d'une norme objective « modifiée » concernait d'une façon particulière ce contexte précis, et il a été jugé non applicable dans d'autres circonstances. Dans *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, par exemple, la Cour a utilisé un critère subjectif pour déterminer si le fait qu'un fabricant n'avait pas émis de mise en garde au sujet des risques liés à son produit était à l'origine du préjudice invoqué.

[111] La Cour d'appel s'est fondée, au par. 50, sur le passage suivant de *Cox c. Robertson* pour justifier l'application d'une norme objective :

> [TRADUCTION] La décision qui fait autorité en matière de limitation du préjudice par le réengagement est sans doute le jugement rendu par notre cour dans *Farquhar c. Butler Brothers Supplies Ltd.* (précitée), dans laquelle la cour a déclaré à la p. 94 que, en ce qui concerne la limitation du préjudice, l'employé est uniquement tenu de prendre les mesures que prendrait une personne raisonnable. Chaque cas est bien entendu différent, mais il est clair que, s'il peut arriver qu'un employé ait dans certaines circonstances l'obligation d'accepter un réengagement temporaire, cette obligation ne se présentera pas fréquemment parce que « [t]rès souvent, la relation [. . .] sera à ce point détériorée qu'une personne raisonnable ne s'attendrait pas à ce que les deux parties puissent recommencer à travailler ensemble dans l'harmonie . . . » [Je souligne; par. 11.]

The Teamsters also cited the following passage from *Forshaw v. Aluminex Extrusions Ltd.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 140 (C.A.), in support of an "objective" standard:

> The duty to "act reasonably", in seeking and accepting alternate employment, cannot be a duty to take such steps as will reduce the claim against the defaulting former employer, but must be a duty to take such steps as a reasonable person in the dismissed employee's position would take in his own interests — to maintain his income and his position in his industry, trade or profession. The question whether or not the employee has acted reasonably must be judged in relation to his own position, and not in relation to that of the employer who has wrongfully dismissed him. The former employer cannot have any right to expect that the former employee will accept lower paying alternate employment with doubtful prospects, and then sue for the difference between what he makes in that work and what he would have made had he received the notice to which he was entitled. [Emphasis added; emphasis in original deleted; p. 144.]

[112] I do not see support for a "purely objective" test in these passages, but I do see support for two other propositions. The first is confirmation in *Farquhar* that re-employment will be a rare circumstance for a dismissed employee. The second is the direction in *Forshaw* that the duty to "act reasonably" in mitigating must be seen not just from the perspective of a reasonable person, but from the perspective of a "reasonable person in the dismissed employee's position".

[113] This latter observation in particular acknowledges that different employees will be differently affected by a dismissal, and are entitled to consideration being given to the reality of their own experience and reaction. A court clearly cannot ignore the objective reality, but neither can it disregard the employee's subjective perceptions in assessing the reasonableness of the decision not to return to a workplace from which he or she has been unlawfully dismissed. Both objective and

Les Teamsters ont également cité, à l'appui d'une norme « objective », le passage suivant de l'arrêt *Forshaw c. Aluminex Extrusions Ltd.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 140 (C.A.) :

> [TRADUCTION] L'obligation « d'agir d'une façon raisonnable », s'agissant de la recherche et de l'acceptation d'un autre emploi, ne saurait être une obligation de prendre des mesures propres à réduire la réclamation contre l'ex-employeur qui l'a congédié. Il doit plutôt s'agir d'une obligation de prendre les mesures que prendrait dans son propre intérêt une personne raisonnable dans la même situation que l'employé congédié — afin de préserver son revenu et la place qu'elle occupe dans son secteur d'activité ou dans sa profession. La question de savoir si l'employé a agi ou non d'une façon raisonnable doit être appréciée en fonction de sa propre situation, et non en fonction de celle de l'employeur qui l'a congédié sans motif valable. L'ex-employeur n'est aucunement en droit d'attendre de son ex-employé qu'il accepte un autre emploi moins bien rémunéré avec des perspectives douteuses, pour ensuite le poursuivre pour la différence entre le salaire qu'il touche à ce poste et celui qu'il aurait touché s'il avait reçu le préavis auquel il avait droit. [Je souligne; italiques dans l'original omis; p. 144.]

[112] Je ne vois rien dans ces passages qui vienne corroborer l'idée d'un critère « purement objectif », mais ils me semblent appuyer deux autres propositions. La première est la confirmation, dans *Farquhar*, qu'un employé qui a été congédié sera rarement réengagé. La deuxième est l'indication, dans *Forshaw*, que l'obligation [TRADUCTION] « d'agir d'une façon raisonnable » à l'égard de la limitation du préjudice doit être considérée non seulement du point de vue de la personne raisonnable, mais aussi du point de vue de la « personne raisonnable dans la même situation que l'employé congédié ».

[113] Cette dernière observation en particulier tient compte du fait que les employés ne sont pas tous touchés de la même manière par un congédiement, et qu'ils sont en droit de s'attendre à ce qu'on prenne en considération la réalité de leur propre expérience et de leur propre façon de réagir. Un tribunal ne peut de toute évidence faire fi de la réalité objective. Mais il ne peut non plus ne faire aucun cas des perceptions subjectives de l'employé lorsqu'il apprécie le caractère raisonnable de la

subjective factors are relevant in evaluating what a reasonable person *in the position of the employee* would do.

[114] A review of Gower J.'s nine reasons for accepting the reasonableness of Mr. Evans' decision not to return to work shows, in any event, that far from being "purely subjective", as suggested by the Court of Appeal, they reflect both subjective *and* objective considerations. Since both are relevant, Gower J. made no error in identifying and applying the correct legal test.

[115] The conclusion that the trial judge made no error in law brings me to what I see as the most problematic aspect of the decision of the Court of Appeal. Appellate courts are expected to be respectful of the determinations trial judges make in assessing facts and credibility, and to decline to interfere unless the error was manifest, palpable and overriding, or was a mischaracterization or misappreciation of the evidence. This is some of the language used to signal the high threshold of error required before the findings can be displaced (*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802). None applies in this case.

[116] The trial judge's reasons in this case reflect a thoughtful and thorough review of the evidence, which he was best placed to conduct. He made no errors of law and his conclusions with respect to the reasonableness of Mr. Evans' decision not to accede to the Teamsters' demand that he return to the workplace or face dismissal for cause, are amply supported in the evidence. The following are examples of those substantiated findings which were nonetheless reinterpreted or overturned by the Court of Appeal or by the majority in this Court.

décision de ce dernier de ne pas retourner travailler pour l'employeur qui l'a congédié illégalement. Les facteurs objectifs comme les facteurs subjectifs sont pertinents lorsqu'il s'agit d'évaluer ce que ferait une personne raisonnable *dans la même situation que l'employé*.

[114] L'examen des neuf raisons pour lesquelles le juge Gower a estimé raisonnable la décision de M. Evans de ne pas retourner au travail montre de toute façon que, loin d'être [TRADUCTION] « purement subjectives », comme l'a indiqué la Cour d'appel, elles traduisent des considérations *à la fois* subjectives et objectives. Comme ces deux types de considérations sont pertinents, le juge Gower n'a fait aucune erreur lorsqu'il a dégagé et appliqué le critère juridique correct.

[115] La conclusion que le juge de première instance n'a fait aucune erreur de droit m'amène à ce qui me semble l'aspect le plus problématique de la décision de la Cour d'appel. Les tribunaux d'appel doivent normalement respecter les décisions que prennent les juges de première instance lorsqu'ils examinent les faits et la crédibilité des témoins et doivent refuser d'intervenir à moins que l'erreur soit manifeste et dominante ou constitue une formulation ou une appréciation erronée de la preuve. Ce sont là les termes employés pour signaler le critère d'erreur élevé qu'il faut respecter pour modifier les conclusions (*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802). En l'espèce, aucun des aspects de ce critère n'est présent.

[116] Les motifs du juge de première instance en l'espèce témoignent d'un examen réfléchi et approfondi de la preuve, qu'il était le mieux placé pour effectuer. Il n'a commis aucune erreur de droit et ses conclusions relatives au caractère raisonnable de la décision de M. Evans de ne pas donner suite à la demande des Teamsters, qui lui ordonnaient de reprendre son poste sans quoi il ferait l'objet d'un congédiement motivé, sont largement étayées par la preuve. Je vais donner ci-après des exemples de ces conclusions bien fondées, mais pourtant réinterprétées ou infirmées par la Cour d'appel ou par les juges majoritaires de notre Cour.

[117] The Court of Appeal and the majority in this Court interpreted the purpose of the January 2 phone call differently from the trial judge. At trial, the Teamsters had argued that Mr. Hennessy's intention during this conversation was to negotiate a period of working notice. Gower J. rejected this submission. While Mr. Hennessy referred to giving Mr. Evans some "clean up time", he never mentioned a notice period. After listening to the conversation recorded by Mr. Evans at the time, Gower J. concluded that it was "less than clear" that Mr. Hennessy was attempting to negotiate a term of reemployment and found instead that his intention was to continue to rely on s. 13 of the Bylaws as authority for terminating Mr. Evans without notice on January 2.

[118] In his reasons, Gower J. set out the relevant portions of that conversation, along with his impressions of the evidence. The emphases and commentary below are from those reasons:

Page 2:

"[Hennessy] I'm not going to close the office down. **I was going to leave the office as is with Barb [Mr. Evans' wife] continuing her employment.**

[Evans] Right.

[Hennessy] Um, and I wanted to know, basically, I guess, because I was under the understanding earlier that you were going to retire. The call today was to find out how much time you needed . . ."

Note: Mr. Hennessy did not refer to leaving the office "as is" with ***Mr. Evans*** continuing his employment.

Page 3:

"[Hennessy] The problems that we have, of course, with the new administration and executive board is **the Bylaws are clear that we have to make a decision whether to continue employment or not. We have**

[117] La Cour d'appel et la majorité dans notre Cour ont donné à l'appel téléphonique du 2 janvier une autre interprétation que celle du juge de première instance. Au procès, les Teamsters avaient soutenu que l'intention de M. Hennessy, lors de cette conversation, était de négocier un préavis. Le juge Gower a rejeté cette assertion. Bien que M. Hennessy ait évoqué la possibilité de donner à M. Evans du [TRADUCTION] « temps pour mettre ses affaires en ordre », il n'a jamais fait mention d'un préavis. Après avoir écouté la conversation enregistrée à l'époque par M. Evans, le juge Gower a conclu qu'il n'était [TRADUCTION] « pas clair » que M. Hennessy essayait de négocier une durée de réengagement et a plutôt estimé que l'intention de ce dernier était de continuer à se fonder sur l'art. 13 des statuts pour congédier M. Evans sans préavis le 2 janvier.

[118] Dans ses motifs, le juge Gower a reproduit les extraits pertinents de cette conversation, en y ajoutant ses impressions relatives à la preuve. Les observations et les passages en caractères gras reproduits ci-après figurent dans les motifs en questions :

[TRADUCTION]

Page 2 :

« [Hennessy] Je ne vais pas fermer le bureau. **Je voulais laisser le bureau tel qu'il est, avec Barb [l'épouse de M. Evans] qui conserverait son poste.**

[Evans] Je vois.

[Hennessy] Euh . . . et je voulais savoir, au fond, je crois, parce que j'avais compris que tu allais prendre ta retraite. L'appel aujourd'hui visait à savoir de combien de temps tu as besoin . . . »

Note : M. Hennessy n'a pas parlé de laisser le bureau « tel qu'il est », avec ***M. Evans*** qui conserverait son poste.

Page 3 :

« [Hennessy] Les problèmes que nous avons, bien sûr, avec la nouvelle administration et la nouvelle direction, c'est que **les statuts disent clairement qu'il nous faut décider si nous maintenons ton emploi ou non.**

	that ability to do it on the, on the heels of the election."		**Nous avons ce pouvoir de le faire dans, dans la foulée des élections. »**
Page 4:		Page 4 :	
"[Evans]	'. . . **I know that I have to be terminated as of today** . . .	« [Evans]	". . . **Je sais que je dois être congédié aujourd'hui** . . .
[Hennessy]	**That's what the letter says** . . .'	[Hennessy]	**C'est ce que la lettre dit** . . ."
	. . .		. . .
[Evans]	Okay, so am I still on the payroll as of five o'clock or am I off the payroll?	[Evans]	D'accord, alors est-ce que je suis encore sur la liste de paye à cinq heures, ou est-ce que mon nom est retiré de la liste de paye?
[Hennessy]	No, no, **your appointment has been terminated**, . . ."	[Hennessy]	Non, non, **tu as été congédié**, . . . »
	. . .		. . .
Page 5:		Page 5 :	
"[Evans]	. . . **Stan, if you've got to terminate me, you got to terminate me.** I understand where you're coming from. You got to understand too, that **I will be fighting it as an unfair dismissal**. . . .	« [Evans]	. . . **Stan, si tu dois me congédier, tu dois me congédier.** Je comprends ta situation. Tu dois comprendre, toi, que **je vais m'opposer à ce que je considère comme un congédiement injuste**. . .
[Hennessy]	**That's fine** . . ."	[Hennessy]	**Très bien** . . . »
Note: Why would Mr. Evans be considering legal action for "unfair dismissal" if he was still employed? And yet, Mr. Hennessy does not attempt to correct him on this point.		Note : Pourquoi M. Evans envisagerait-il d'intenter une action pour « congédiement injuste » s'il avait toujours son emploi? Et pourtant, M. Hennessy n'essaie pas de le corriger à ce sujet.	
Pages 5 and 6:		Pages 5 et 6 :	
"[Hennessy]	**These are new bylaws**, Don; that was changed in the last couple of years.	« [Hennessy]	**Ce sont les nouveaux statuts**, Don; des changements ont été apportés ces dernières années.
[Evans]	Well, **it doesn't say we will be terminated on that date,** though.	[Evans]	Oui, mais **ils ne disent pas que nous serons congédiés à cette date.**
[Hennessy]	**Oh, yes it does.** Well, you know, my advice is that if **we're going to sever employment** we are going to have to make that decision."	[Hennessy]	**Oh, oui ils le disent.** Eh bien, tu sais, le conseil que j'ai reçu, c'est que si **nous mettons fin à l'emploi**, nous allons devoir prendre cette décision. »
Page 6 and 7:		Pages 6 et 7 :	
"[Evans]	. . . you're telling me because you guys take over January second, **you're terminating my service as of today**, and you guys take office. You're not saying, 'Don, we'll keep you on another year to try to figure out what's going on . . .	« [Evans]	. . . tu me dis que parce que vous prenez les choses en mains le 2 janvier, **vous mettez fin à mon emploi à compter d'aujourd'hui**, et vous entrez en fonction. Tu ne dis pas, Don, nous allons te garder pendant un an pour essayer de voir comment les choses se passent . . .

[There is further discussion regarding Bylaw 13]

[Evans] ... **So you're saying, effective today, I am terminated** because the other authority is gone?

[Hennessy] **That's right.**

[Evans] Okay. **It does not say you cannot keep me on for another year, another four years, or another six months.** . . .

[Hennessy] What is says, is, **if in fact we were to renew the employment, we can renew** and it's under our mandate . . ."

Page 7:

"[Evans] . . . You guys take over power today, **I could be terminated today. But there is nothing in there says I can't be held on, then let go a year down the road, is there?**

[Hennessy] What I said to you Don . . . that's how I started the conversation out . . . if you can give me some general idea what you would like as far as clean up time, then I would made the commitment to keep you on for that time as well as I would keep the building open and Barb in place in her position. . . ." [para. 25]

[119] Notwithstanding the trial judge's findings and the supporting evidence, the majority has characterized the objective of this conversation as being "to engage Mr. Evans in negotiations about a possible rehiring" (para. 41). While this was a finding the trial judge might potentially have made, he drew a different, but entirely reasonable, inference that the Teamsters purported to rely on s. 13 of the Bylaws — which they had been advised by their own lawyer most likely did not apply to Mr. Evans — to support his termination without any notice. I see no reason to disturb it.

[120] As for the Teamsters' letter of May 23 to Mr. Evans, the trial judge construed it as a *demand*

[La discussion continue au sujet de l'art. 13 des statuts]

[Evans] ... **Donc tu dis que, à compter d'aujourd'hui, je suis congédié** parce que l'ancienne direction n'est plus là?

[Hennessy] **C'est ça.**

[Evans] D'accord. **Ça ne dit pas que vous ne pouvez pas me garder pendant encore un an, pendant quatre ans, ou pendant six mois. . .**

[Hennessy] Ce que ça dit, c'est que **si, en fait nous voulions renouveler l'emploi, nous pouvons le renouveler** et ça relève de notre mandat . . . »

Page 7 :

« [Evans] . . . Vous prenez le pouvoir aujourd'hui, **je pourrais être congédié aujourd'hui. Mais il n'y a rien là-dedans qui dit qu'on ne peut pas me laisser à mon poste, puis laisser s'écouler une année, pas vrai?**

[Hennessy] Ce que je t'ai dit, Don . . . c'est comme ça que j'ai commencé notre conversation . . . si tu peux me dire en gros le temps qu'il te faudrait pour mettre tes choses en ordre, je m'engagerais à te garder pendant ce temps-là, et je laisserais le bureau ouvert et Barb conserverait son poste. . . » [par. 25]

[119] Malgré les conclusions du juge de première instance et la preuve sur laquelle elles étaient fondées, la majorité a estimé que cette conversation avait pour objectif d'« amorcer avec M. Evans des négociations au sujet de la possibilité de le réengager » (par. 41). Sans doute aurait-il été possible au juge de première instance de tirer cette conclusion. Il est toutefois arrivé à une conclusion différente, mais tout à fait raisonnable, selon laquelle les Teamsters entendaient se fonder sur l'art. 13 des statuts — qui, selon l'opinion obtenue de leur propre avocat, ne s'appliquait très vraisemblablement pas à M. Evans — pour justifier son congédiement sans le moindre préavis. Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion.

[120] Quant à la lettre du 23 mai des Teamsters à M. Evans, le juge de première instance l'a

that Mr. Evans return to work, not an offer. It is difficult to read it any other way. The words in the letter were "If Mr. Evans refuses to return no later than June 1, 2003, my client will treat that refusal as just cause, and formally terminate him without notice." This was followed on May 30 by a letter from Mr. McGrady stating: "My client requires Mr. Evans to report for work on Monday, June 2, 2003." This is a direction, not an offer.

interprétée comme un *ordre* donné à M. Evans de retourner au travail, et non comme une offre. Il est difficile de l'interpréter autrement. Cette lettre contient la phrase suivante : [TRADUCTION] « Si M. Evans refuse de revenir au plus tard le 1er juin 2003, mon client considérera ce refus comme un motif valable, et le congédiera officiellement sans préavis. » Il y a eu ensuite, le 30 mai, une lettre de M. McGrady dans laquelle il est écrit ceci : [TRADUCTION] « Mon client exige que M. Evans se présente au travail le lundi 2 juin 2003. » Il s'agit là d'un ordre, pas d'une offre.

[121] What followed were five years of litigation resulting from the Teamsters' failure to give Mr. Evans notice when he was fired on January 2, 2003. They could have told him then that his employment would end two years later, or that his employment would be terminated immediately with two years' pay in lieu of notice. What they could not do was fire him without notice on January 2, and then, when negotiations failed, fire him unlawfully again when he failed to accept their *ex post facto* acknowledgment that as of January 2, he was entitled to 24 months' notice, but had to spend it working for them. As Gower J. noted:

> The Union's approach here seems particularly perplexing since an employer can always terminate an employee upon reasonable notice. Therefore, even if Mr. Evans assumed that he had been re-appointed to another five-year term on January 1, 2003, as the Union feared he might, it could still have given him reasonable notice of termination. Therefore, the Union did not gain any advantage by purporting to terminate Mr. Evans immediately and then attempting to engage him in negotiations on rehiring him for a fixed term. Conversely, there was no prejudice to the Union to wait until after the commencement of the new five-year term and then provide Mr. Evans with reasonable notice of his termination. After all, I understood the Union and its counsel to concede that, as Mr. Evans was likely an indefinite-term employee, he would have been entitled to reasonable notice of termination in any event. [para. 34]

[121] Il s'en est suivi un litige de cinq ans découlant du fait que les Teamsters n'avaient pas donné de préavis à M. Evans lorsqu'ils l'ont congédié le 2 janvier 2003. Ils auraient pu lui dire à ce moment-là que son emploi prendrait fin deux ans plus tard, ou qu'il prendrait fin immédiatement avec une indemnité de préavis de deux ans. Ce qu'ils ne pouvaient pas faire, c'était le congédier sans préavis le 2 janvier pour ensuite, après l'échec des négociations, le congédier de nouveau d'une façon illégale lorsqu'il a refusé d'accepter que les Teamsters reconnaissent *ex post facto* qu'il avait droit le 2 janvier à un préavis de 24 mois, mais qu'il devait travailler pour eux pendant ce temps-là. Comme l'a indiqué le juge Gower :

> [TRADUCTION] L'approche retenue en l'espèce par le syndicat semble particulièrement troublante puisqu'un employeur peut toujours congédier un employé avec un préavis raisonnable. Par conséquent, même si M. Evans présumait avoir été nommé de nouveau pour un autre mandat de cinq ans le 1er janvier 2003, comme le craignait le syndicat, ce dernier aurait toujours pu donner à M. Evans un préavis de congédiement raisonnable. Par conséquent, le syndicat n'avait rien à gagner en manifestant l'intention de congédier M. Evans sur-le-champ pour ensuite essayer d'engager avec lui des négociations en vue de le réengager pour une durée déterminée. Inversement, le syndicat n'avait rien à perdre à attendre après le début du nouveau mandat de cinq ans pour ensuite donner à M. Evans un préavis de congédiement raisonnable. Après tout, le syndicat et son avocat ont reconnu me semble-t-il que, puisque M. Evans était vraisemblablement un employé à durée indéterminée, il aurait eu de toute façon droit à un préavis de congédiement raisonnable. [par. 34]

[122] When, on January 3, Mr. Evans' lawyer offered to accept 24 months' notice, including

[122] Lorsque, le 3 janvier, l'avocat de M. Evans a offert d'accepter le préavis de 24 mois, même

through a combination of working notice and pay in lieu of notice, the matter could again have been easily resolved. Instead, 5 months of negotiations ensued, at the end of which time the Teamsters took the position, unsustainable on the evidence, that the dismissal had been with 24 months' notice all along.

[123] During those months, Mr. Evans became aware that other Teamsters employees, who had been fired on the same day and in the same way, had been reinstated, either with working notice or unconditionally. He therefore took the position, reasonably in the trial judge's view, that he was entitled to similar treatment and continued the negotiations on that basis.

[124] The majority in this Court concludes that the trial judge committed an error of law by overlooking relevant evidence of Mr. Evans' work environment, including evidence that "his work environment had not changed in May of 2003", a factor "relevant to the reasonableness of his feelings of ostracization" (para. 44). This reference is to an answer given by Mr. Evans in his examination for discovery:

Q: So the situation in the office, the local office here in May of 2003, hadn't changed, had it, from what it was the previous year? There had been no significant change in your working environment, had there?

A: No.

That is all of the evidence on this point. I can see no error in the trial judge's decision not to mention this single answer from Mr. Evans' examination for discovery. He was entitled to prefer other evidence of Mr. Evans' working conditions.

[125] It is true that the office remained physically located in the same place and that the only other employee in the office remained Mr. Evans'

constitué à la fois d'un préavis et d'une indemnité de préavis, l'affaire aurait encore une fois pu être réglée aisément. Or, ont plutôt suivi 5 mois de négociations, au terme desquels les Teamsters ont adopté la position, incompatible avec la preuve, que le congédiement avait depuis le début été accompagné d'un préavis de 24 mois.

[123] Pendant ces mois-là, M. Evans a appris que d'autres employés des Teamsters, congédiés le même jour et de la même façon, avaient été réintégrés dans leurs fonctions, soit avec un préavis, soit de façon inconditionnelle. Il a par conséquent estimé, d'une façon raisonnable selon le juge de première instance, avoir le droit d'être traité d'une façon semblable et il a continué à négocier dans cette perspective.

[124] Les juges majoritaires de notre Cour concluent que le juge de première instance a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte d'éléments de preuve pertinents relatifs à l'environnement de travail de M. Evans, notamment la preuve que « son environnement de travail n'avait pas changé en mai 2003 », un facteur « pertinent pour l'appréciation du caractère raisonnable de son sentiment d'être ostracisé » (par. 44). Ces observations renvoient à une réponse donnée par M. Evans lors de son interrogatoire préalable :

[TRADUCTION]

Q : Donc, la situation au bureau, au bureau local ici, en mai 2003, n'avait pas changé, n'est-ce pas, par rapport à ce qu'elle était l'année précédente? Il n'y avait pas eu de changement notable dans votre environnement de travail, n'est-ce pas?

R : Non.

C'est à cela que se résume toute la preuve sur ce point. Je ne vois aucune erreur dans la décision du juge de première instance de ne pas faire mention de cette seule réponse tirée de l'interrogatoire préalable de M. Evans. Il pouvait préférer d'autres éléments de preuve ayant trait aux conditions de travail de M. Evans.

[125] Il est exact que le bureau restait situé au même endroit et que le seul autre employé qui y travaillait était l'épouse de M. Evans. Mais soutenir

wife. But the suggestion that his "work environment" was limited to his office and his wife, fails to take into account the nature of Mr. Evans' work, which was to work within the community, organizing workers, negotiating with management and representing members. The evidence was that news of Mr. Evans' dismissal was well known in Whitehorse. This was recognized by the trial judge, who accepted that there was some evidence to support Mr. Evans' view that working conditions had been damaged by his dismissal:

> There is evidence from Mr. Evans that it was well known in Whitehorse that he had been terminated by the Union. Consequently, Mr. Evans' belief that he would no longer have the respect of employers and would not be able to perform effectively as a business agent was not without foundation. [para. 83]

[126] The majority in this Court is of the view that this finding was not supported by any evidence in the record and, as a purely subjective belief, was therefore irrelevant to the inquiry into whether Mr. Evans behaved reasonably (para. 45). I have earlier expressed my inability to understand how subjective factors can be irrelevant in assessing the reasonableness of a particular employee's decision whether to return to a workplace from which he or she has been fired. But there is an additional problem with this analysis, namely that it ignores the burden of proof, which is on the employer. Mr. Evans' testimony was that news of his dismissal appeared in the local newspapers and that his reputation was destroyed. This was uncontradicted and was, therefore, evidence the trial judge was entitled to accept.

[127] The majority also finds that the trial judge erred in relying on the fact that Mr. Evans' sense of ostracization arose, in part, from his conversations with other dismissed employees, stating:

> The trial judge, however, does not seem to have given any attention to the fact that Mr. Fairbrother had had a poor relationship with support staff in Vancouver prior to 2003 and that he worked in a separate dispatch

que son « environnement de travail » se limitait à son bureau et à son épouse ne prend pas en compte la nature du travail de M. Evans, qui consistait à travailler au sein de la collectivité, à organiser les travailleurs, à négocier avec la direction et à représenter les membres. La preuve indiquait que la nouvelle du congédiement de M. Evans était bien connue à Whitehorse. Le juge de première instance a reconnu ce facteur en concluant à l'existence d'éléments de preuve à l'appui du point de vue de M. Evans, qui estimait que les conditions de travail s'étaient détériorées par suite de son congédiement :

> [TRADUCTION] D'après le témoignage de M. Evans, il était bien connu à Whitehorse que le syndicat l'avait congédié. Par conséquent, ce n'est pas sans fondement que M. Evans croyait qu'il n'aurait plus le respect des employeurs et qu'il serait incapable de travailler efficacement à titre d'agent d'affaires. [par. 83]

[126] La majorité est d'avis que cette conclusion n'était étayée par aucune preuve au dossier et que, en tant qu'opinion purement subjective, elle n'était par conséquent pas pertinente quant à la question de savoir si M. Evans avait agi d'une façon raisonnable (par. 45). J'ai dit précédemment que je ne peux comprendre comment des facteurs subjectifs peuvent être dénués de pertinence lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère raisonnable de la décision d'un employé donné de reprendre ou non le poste qu'il occupait lorsqu'il a été congédié. Mais cette analyse pose un autre problème; elle fait abstraction du fardeau de la preuve, qui incombe à l'employeur. Selon le témoignage de M. Evans, la nouvelle de son congédiement a été publiée dans les journaux locaux et sa réputation a été détruite. Cette affirmation n'a été contredite et constituait dès lors une preuve que le juge de première instance avait le droit d'accepter.

[127] La majorité estime par ailleurs que le juge de première instance a fait erreur en se fondant sur le fait que le sentiment d'être ostracisé éprouvé par M. Evans avait en partie pour origine des conversations avec d'autres collègues congédiés :

> Le juge de première instance ne semble pourtant avoir prêté aucune attention au fait que M. Fairbrother avait eu de mauvaises relations avec le personnel de soutien à Vancouver avant 2003 et qu'il travaillait dans un

building, not in the general Vancouver office. Further, the value of that evidence and its relevance to the Whitehorse state of affairs is not apparent. [para. 44]

This is the argument the Teamsters made at trial about Mr. Fairbrother, namely, that his ostracization did not arise from his termination but rather from unrelated events and was, as a result, irrelevant to Mr. Evans' perceived working conditions in Whitehorse.

[128] The trial judge addressed — and rejected — this argument as follows:

There was also evidence from Jim Fairbrother, the Union's dispatcher in the Vancouver office, that after the election of the new executive, he felt ostracized because he had previously supported the outgoing president, Mr. Zimmerman. He felt the conditions in the Vancouver officer were "quite bad" and that he found it difficult to work under those conditions. Further, Mr. Fairbrother was of the view that Mr. Hennessy and Mr. Peterson, the newly elected secretary treasurer, both had "an absolute hatred" towards the appointed business agents. Finally, after Mr. Fairbrother learned that Mr. Evans had been terminated, he telephoned him and talked to him about what was happening in the Vancouver office. The Union's counsel argued that, viewed objectively, Mr. Fairbrother's complaints about being treated badly in the Vancouver office were over-stated and without foundation. While that may be, there is no reason that Mr. Evans should have known that at the time he received this information from Mr. Fairbrother. Therefore, it was not unreasonable for Mr. Evans to consider this information and rely upon it as part of his overall assessment of whether he could continue to work with the Union in all of the circumstances. [Emphasis added; para. 83.]

Again, I can see no reason for interfering with this conclusion.

[129] The majority also relies, as did the Court of Appeal, on the trial judge's finding that no *Wallace* damages were warranted, as evidence that there was no acrimony in Mr. Evans' working relationships. The test for additional *Wallace* damages is a high one. The trial judge, applying this test, was unable to conclude that "Mr. Hennessy was intentionally being untruthful, misleading or unduly insensitive in relying upon [his lawyer's] advice" (para. 58). This does not mean that the trial judge concluded

immeuble distinct où s'effectuait la répartition, et non au bureau général de Vancouver. En outre, la valeur de ce témoignage et sa pertinence quant à la situation qui régnait à Whitehorse ne sont pas évidentes. [par. 44]

C'est l'argument que les Teamsters ont invoqué au sujet de M. Fairbrother lors du procès : son sentiment d'être ostracisé ne tenait pas à son congédiement, mais à des faits sans lien avec celui-ci et donc non pertinents par rapport à l'idée que M. Evans se faisait des conditions de travail à Whitehorse.

[128] Le juge de première instance a commenté — et rejeté — cet argument dans les termes suivants :

[TRADUCTION] Il y avait également le témoignage de Jim Fairbrother, le répartiteur du syndicat au bureau de Vancouver, selon lequel il s'est senti ostracisé après l'élection des nouveaux dirigeants pour avoir auparavant appuyé le président sortant, M. Zimmerman. Il estimait que la situation au bureau de Vancouver était « très mauvaise » et il trouvait difficile de travailler dans de telles conditions. M. Fairbrother était en outre d'avis que M. Hennessy et M. Peterson, le secrétaire-trésorier nouvellement élu, vouaient tous deux « une haine absolue » aux agents d'affaires nommés. Finalement, lorsque M. Fairbrother a appris le congédiement de M. Evans, il a téléphoné à ce dernier pour lui raconter ce qui se passait au bureau de Vancouver. L'avocat du syndicat a soutenu que, considérées objectivement, les plaintes de M. Fairbrother quant au mauvais traitement dont il aurait fait l'objet au bureau de Vancouver étaient exagérées et sans fondement. C'est possible, mais M. Evans n'avait aucune raison de le savoir lorsqu'il a reçu cette information de M. Fairbrother. Il n'était donc pas déraisonnable de la part de M. Evans de prendre cette information en considération lorsqu'il lui a fallu décider s'il pouvait continuer à travailler pour le syndicat à la lumière de l'ensemble des circonstances. [Je souligne; par. 83.]

Là encore, je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion.

[129] La majorité considère aussi, comme l'a fait la Cour d'appel, la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'attribution de dommages-intérêts du type de ceux accordés dans *Wallace* n'était pas justifiée, comme une preuve de l'absence d'acrimonie dans les relations de travail de M. Evans. L'attribution de tels dommages-intérêts additionnels est soumise à un critère exigeant. Le juge de première instance, appliquant ce critère, s'est dit incapable de conclure que [TRADUCTION] « M. Hennessy, en se

that the absence of this degree of bad faith following Mr. Evans' wrongful dismissal had left intact a relationship of mutual understanding and respect. *Wallace* damages are an extraordinary remedy. The fact that there is an insufficient basis for *Wallace* damages does not lead invariably to the conclusion that the former workplace is a sufficiently comfortable one that a fired employee should be expected to continue to work there throughout his or her notice period.

[130] As for the KPMG audit, Mr. Evans testified in some detail about this event and the trial judge was entitled to accept his evidence. Gower J. found that it was understandable that Mr. Evans felt "threatened and demeaned" by it (para. 83). It was conducted without any notice and in a fashion more akin to a "forensic team" than that of an audit designed to assess property management issues. The majority points to the Teamsters' explanation of the reason behind the audit and suggests that "[t]here is nothing in the record to substantiate the reason why Mr. Evans felt threatened by the holding of the audit" (para. 43).

[131] On the contrary, it is my respectful view that the trial judge's conclusions about the nature of the audit find ample support in the record. The true motives for the audit are irrelevant if they were not known to Mr. Evans at the time it was conducted, and the evidence is that they were not. Rather, the significance of the audit, and the reason it was mentioned by the trial judge, is that the manner in which it was carried out led Mr. Evans to suspect that the Teamsters were looking for something in the Whitehorse records to justify his dismissal, and possibly that of his wife, since they were the only two employees who had been working in that office prior to the audit.

fondant sur les conseils [de son avocat], a intentionnellement menti, trompé ou fait preuve d'une insensibilité excessive » (par. 58). Le juge n'a pas nécessairement conclu pour cela que l'absence de ce degré de mauvaise foi après le congédiement injustifié de M. Evans avait laissé intacte une relation de compréhension et de respect mutuel. Les dommages-intérêts accordés dans *Wallace* constituent une réparation extraordinaire. Le fait que l'attribution de tels dommages-intérêts n'est pas justifiée n'entraîne pas invariablement la conclusion que l'ancien lieu de travail est suffisamment accueillant et que l'employé congédié devrait pouvoir y travailler jusqu'à la fin de la période que vise le préavis.

[130] En ce qui a trait à la vérification effectuée par KPMG, M. Evans en a parlé d'une façon assez détaillée dans son témoignage, et le juge de première instance était en droit d'accepter ce témoignage. Le juge Gower a estimé compréhensible que M. Evans se soit senti [TRADUCTION] « menacé et humilié » par cette vérification (par. 83). Elle a été faite sans préavis et d'une manière s'apparentant davantage aux méthodes d'une [TRADUCTION] « équipe de juricomptables » qu'à une vérification relative à des questions touchant la gestion d'un immeuble. La majorité cite l'explication donnée par les Teamsters quant à la raison de cette vérification et exprime l'avis que « [r]ien dans le dossier n'indique que M. Evans pouvait avoir une raison de se sentir menacé par cette vérification » (par. 43).

[131] Avec égards, je pense au contraire que les conclusions du juge de première instance au sujet de la nature de la vérification sont amplement étayées par le dossier. Les motifs véritables de la vérification sont dénués de pertinence s'ils n'étaient pas connus de M. Evans au moment où elle a été effectuée, et selon la preuve, ils ne l'étaient pas. L'importance de la vérification, et la raison pour laquelle le juge de première instance en a fait état, tient à ce que la manière dont elle a été faite a amené M. Evans à soupçonner que les Teamsters étaient à la recherche, dans les dossiers de Whitehorse, de quelque chose qui aurait justifié son congédiement, et peut-être celui de son épouse, puisqu'ils étaient les deux seuls employés ayant travaillé à ce bureau avant la vérification.

[132] The audit took place during Mr. Evans' negotiations with the Teamsters. The auditors arrived without any prior notice either to him or to his wife. Mr. Evans testified that he first heard about the audit when he received a call from his wife, who was at the office and in tears. He went down to the office, which he described as follows:

> It was chaos. I walked into my old office. I got a woman going through the drawers looking for stuff. I said, "Anything you need, I'm here. You ask me; I will get it for you." She wouldn't talk to me.

[133] Mr. Evans' fears about the Teamsters' motives for ordering the audit were exacerbated by the fact that numerous subsequent letters from Mr. McGrady concerning the negotiations for his reinstatement, were labelled as being in connection with the "KPMG Report". While that reference was termed a clerical error at trial, the fact that this was an error was not known to Mr. Evans at the time, who was of the view that the auditors intended to "tear the office apart looking for anything to have an excuse to make my dismissal retro back to [January 2]".

[134] The trial judge also rejected the Teamsters' submission that Mr. Evans was seeking to obtain 29 months' notice instead of 24, concluding instead that Mr. Evans' intention was simply to be treated the same as Ron Owens, whose termination letter was rescinded. The Court of Appeal overturned this finding, basing its opinion that Mr. Evans was seeking 29 months' notice on a single passage from Mr. Evans' cross-examination in his examination for discovery:

> Q: And so, was there any other reason for you not returning to work on June the 2nd?

[132] La vérification a eu lieu pendant les négociations entre M. Evans et les Teamsters. Les vérificateurs sont arrivés sans en avoir de quelque façon avisé ni lui ni son épouse au préalable. M. Evans a déclaré avoir été informé pour la première fois de la vérification lorsqu'il a reçu un appel de son épouse, qui était au bureau et en larmes. Il s'est rendu au bureau, dont il a fait la description suivante :

> [TRADUCTION] C'était le chaos. Je suis entré dans mon ancien bureau. Il y avait une femme qui fouillait dans les tiroirs en cherchant des documents. Je lui ai dit « Si vous avez besoin de quoi que ce soit, je suis là. Vous me demandez; je vous le donnerai. » Elle refusait de m'adresser la parole.

[133] Les craintes de M. Evans quant aux motifs pour lesquels les Teamsters avaient ordonné la vérification ont été exacerbées par le fait que plusieurs lettres subséquentes de M. McGrady ayant trait aux négociations relatives à sa réintégration indiquaient qu'elles concernaient le [TRADUCTION] « rapport de KPMG ». Bien que cette mention ait été qualifiée d'erreur d'écriture au procès, M. Evans ne savait pas qu'il s'agissait d'une erreur à l'époque. Il a pensé que les vérificateurs avaient l'intention de [TRADUCTION] « mettre le bureau sens dessus dessous afin de trouver quelque chose qui pourrait leur donner une excuse pour rendre mon congédiement rétroactif au [2 janvier] ».

[134] Le juge de première instance a également rejeté la prétention des Teamsters selon laquelle M. Evans tentait d'obtenir un préavis de 29 mois plutôt que de 24 mois, concluant plutôt qu'il voulait simplement être traité de la même façon que Ron Owens, dont la lettre de congédiement avait été annulée. Cette conclusion a été infirmée par la Cour d'appel. Elle a estimé que M. Evans essayait d'obtenir un préavis de 29 mois en se basant uniquement sur le passage suivant du contre-interrogatoire de M. Evans relatif aux réponses faites lors de son interrogatoire préalable :

[TRADUCTION]

> Q : Alors, aviez-vous une autre raison de ne pas retourner au travail le 2 juin?

A: I was going. I would have gone back to work if you would have taken the restrictions off going back to work.

Q: You wanted the old job back without any notice at all?

A: Yeah, or start the notice from that day.

In my view, this evidence can hardly be said to be sufficiently compelling to justify overturning the trial judge's conclusion as to Mr. Evans' intention.

[135] Likewise, there is no basis for overturning the trial judge's factual finding that Mr. Evans acted reasonably in his negotiations with the Teamsters. There can be no significance attached to the fact that Mr. Evans did not, during the negotiations, expressly articulate the nine factors identified by the trial judge as justification for his refusal to return to work. The negotiations were taking place between an ex-employee and his former employer through their respective counsel. There was no onus on Mr. Evans to tell Mr. Hennessy that he felt he was being "treated like a dog", that he was aware of his termination being planned and deliberate, that he felt threatened by the KPMG audit, that he wanted to be treated in the same fashion as other business agents, that he feared he would no longer have the respect of employers in Whitehorse, or that he suspected his negative treatment was based on his support for the former president of the local. He was entitled to attempt to reach a negotiated solution in the most effective way possible. Mentioning these reasons would hardly have enhanced his bargaining position. More importantly, however, the fact that Mr. Evans does not mention them does not deprive them of their legitimacy. Each one, as found by the trial judge, had a sound evidentiary foundation.

[136] Nor, contrary to the view of the majority, does the fact that Mr. Evans was prepared to return to work if his termination letter was rescinded, constitute either an "unreasonable expectation" or an admission that his working relationships remained unaffected by the dismissal. The fact that an employee is prepared to negotiate a return to work

R : J'allais le faire. Je serais retourné au travail si vous aviez supprimé les restrictions liées au retour au travail.

Q : Vous vouliez reprendre le même poste qu'avant, sans aucun préavis?

R : Oui, ou alors commencer le préavis ce jour-là.

À mon avis, ce passage est loin d'être suffisamment convaincant pour justifier l'annulation de la conclusion du juge de première instance quant à l'intention de M. Evans.

[135] De même, il n'y a aucune raison d'infirmer la conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle M. Evans a agi d'une façon raisonnable lors de ses négociations avec les Teamsters. On ne peut attacher d'importance au fait que M. Evans n'a pas expressément formulé, pendant les négociations, les neuf raisons mentionnées par le juge de première instance comme justification de son refus de retourner au travail. Les négociations se déroulaient entre un ex-employé et son ancien employeur, par l'intermédiaire de leurs avocats. M. Evans n'était pas tenu de dire à M. Hennessy qu'il avait l'impression d'être [TRADUCTION] « traité comme un chien », qu'il savait que son congédiement était planifié et délibéré, qu'il s'était senti menacé par la vérification de KPMG, qu'il voulait être traité de la même façon que les autres agents d'affaires, qu'il craignait d'avoir perdu le respect des employeurs à Whitehorse, ou qu'il soupçonnait que la façon dont on le traitait découlait de l'appui qu'il avait donné à l'ancien président de la section locale. Il avait le droit d'essayer d'arriver à une solution négociée de la façon la plus efficace possible. Faire état de ces raisons n'aurait guère amélioré sa position de négociation. Mais surtout, le fait qu'il ne les ait pas mentionnées ne leur enlève pas leur légitimité. Chacune, comme l'a dit le juge de première instance, est solidement étayée par la preuve.

[136] Par ailleurs, le fait que M. Evans était disposé à retourner au travail si l'on annulait sa lettre de congédiement ne constitue non plus, contrairement à ce que soutient la majorité, ni une « attente déraisonnable » ni l'aveu que le congédiement n'a pas eu d'incidence sur ses relations de travail. Le fait qu'un employé est disposé à négocier un retour

following his or her dismissal is not evidence that the working relationship is one of "mutual understanding and respect", free of hostility, acrimony or humiliation. This penalizes employees for attempting to negotiate mutually satisfactory remedies for a wrongful dismissal.

[137] Finally, I have concerns about the Court of Appeal's and the majority's reliance on the fact that Mr. Evans had little or no alternate job prospects in Whitehorse as a basis for requiring him to return to his employer. The fact that employment opportunities for a 58-year-old former union business agent are limited in a small community is not Mr. Evans' doing. He found himself in this difficult position because of his unlawful dismissal. The paucity of alternate jobs does not entitle the Teamsters to dictate to Mr. Evans how to mitigate his damages. It may well be that an employee will be found not to have taken sufficient mitigating steps. But that is different from creating a presumption that if an employee like Mr. Evans has difficulty finding alternate employment, he will be obliged to work out his notice period with the employer who fired him. Firing an employee without notice, then requiring him or her to return temporarily to work at his former workplace because the unlawful dismissal resulted in bleak employment prospects, has the perverse effect of requiring a wronged employee to ameliorate the *wrongdoer's* damages, rather than the other way around. As the British Columbia Court of Appeal said in *Forshaw*:

> The question whether or not the employee has acted reasonably must be judged in relation to his own position, and not in relation to that of the employer who has wrongfully dismissed him. [p. 144]

[138] At law, Mr. Evans was found to be entitled to 22 months' notice as of January 2, 2003. The burden was on the Teamsters to show that Mr. Evans failed to mitigate his damages. The trial judge concluded that this burden was not met.

au travail après avoir été congédié ne prouve pas que la relation de travail est faite de [TRADUCTION] « compréhension et de respect mutuel », qu'elle est dépourvue d'hostilité, d'acrimonie ou d'humiliation. On pénalise ainsi les employés qui tentent de négocier une réparation mutuellement satisfaisante après un congédiement injustifié.

[137] Finalement, je m'interroge quant à la pertinence de se fonder, comme le font la Cour d'appel et la majorité, sur l'impossibilité ou les faibles possibilités pour M. Evans de trouver un autre emploi à Whitehorse pour exiger de lui qu'il retourne travailler pour son employeur. M. Evans n'est pas responsable du fait que les possibilités d'emploi d'un ancien agent d'affaires syndical de 58 ans sont limitées dans une petite collectivité. Il s'est retrouvé dans cette situation difficile en raison de son congédiement illégal. La rareté des emplois de remplacement ne donne pas aux Teamsters le droit de dicter à M. Evans la façon dont il doit limiter son préjudice. On peut très bien conclure qu'un employé n'a pas pris des mesures suffisantes pour limiter son préjudice. Mais ce n'est pas la même chose que d'établir une présomption suivant laquelle, lorsqu'un employé comme M. Evans a du mal à trouver un autre emploi, il sera obligé de travailler durant toute sa période de préavis auprès de l'employeur qui l'a congédié. Congédier un employé sans préavis pour ensuite exiger de lui qu'il retourne travailler temporairement à son ancien poste parce que le congédiement illégal a assombri ses perspectives d'emploi, cela a l'effet pervers de demander à l'employé lésé d'améliorer la situation *de l'auteur du préjudice* du point de vue des dommages-intérêts, plutôt que l'inverse. Comme l'a dit la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Forshaw* :

> [TRADUCTION] La question de savoir si l'employé a agi d'une façon raisonnable doit être appréciée par rapport à sa propre situation, et non par rapport à celle de l'employeur qui l'a congédié sans motif valable. [p. 144]

[138] En droit, il a été jugé que M. Evans avait droit à un préavis de 22 mois à compter du 2 janvier 2003. Il incombait aux Teamsters de démontrer que M. Evans n'avait pas limité son préjudice. Le juge de première instance a conclu qu'ils ne l'avaient pas fait.

[139] It was certainly open to the Teamsters to try to prove that Mr. Evans had made insufficient attempts to mitigate the damages they caused. What they were *not* entitled to do, however, was dictate how he should mitigate them by ordering him back to the workplace from which he was fired. The consequence of a refusal to comply with this demand, according to the letter of May 23, was to be a new firing, this time for cause and therefore without notice. This would — and did — have the bizarre consequence of transforming a wrongful dismissal attracting a substantial notice period to a lawful one attracting none. This result is, in my view, as unpalatable as it is legally and factually unsustainable.

[140] I would allow the appeal and restore the trial judge's decision.

Appeal dismissed with costs, ABELLA J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Macdonald & Company, Whitehorse.

Solicitors for the respondent: McGrady & Company, Vancouver.

[139] Les Teamsters pouvaient certainement essayer de prouver que les tentatives de M. Evans pour limiter le préjudice qu'ils lui avaient causé étaient insuffisantes. Ce qu'ils *n'*étaient *pas* en droit de faire, toutefois, c'était de lui dicter la façon dont il devait le limiter en lui ordonnant de reprendre le poste duquel il avait été congédié. Le refus de se plier à cette exigence aurait pour conséquence, aux termes de la lettre du 23 mai, un nouveau congédiement, celui-là motivé et donc sans préavis. Ce qui aurait — et a eu — pour curieuse conséquence de transformer un congédiement injustifié nécessitant un préavis substantiel en un congédiement légal n'en nécessitant aucun. Or à mon avis, ce résultat est aussi déplaisant qu'il est insoutenable sur le plan du droit et sur celui des faits.

[140] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge de première instance.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge ABELLA *est dissidente.*

Procureurs de l'appelant : Macdonald & Company, Whitehorse.

Procureurs de l'intimé : McGrady & Company, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Patrick Mathieu *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

Jocelyn St-Germain *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

Feng Jin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Laurier Monière *Respondent*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Patrick Mathieu *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

Jocelyn St-Germain *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

Feng Jin *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Laurier Monière *Intimé*

INDEXED AS: **R. *v.* MATHIEU**

Neutral citation: 2008 SCC 21.

File Nos.: 31662, 32003, 32091, 32014.

2007: November 7; 2008: May 1.

RÉPERTORIÉ : R. *c.* MATHIEU

Référence neutre : 2008 CSC 21.

N[os] du greffe : 31662, 32003, 32091, 32014.

2007 : 7 novembre; 2008 : 1[er] mai.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Sentencing — Pre-sentence custody — Probation — Eligibility for parole — Sentence of imprisonment of less than two years imposed on accused persons who had already been detained for significant periods before being sentenced — Whether it was also open to trial judge to make probation or parole ineligibility order — Whether time spent in pre-sentence custody can be treated as part of term of imprisonment imposed on accused at time of sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 731(1)(b), 743.6(1.2).

The accused had all been detained for significant periods before being sentenced and, essentially for this reason, all the judges imposed custodial sentences of less than two years and probation for three years. But for the pre-sentence custody, the judges would all have imposed penitentiary terms. In *Monière*, the judge also ordered the accused to serve half his sentence before being eligible for parole. In all the cases except *Mathieu*, the Court of Appeal upheld the probation orders, and in *Monière*, it set aside the parole ineligibility order.

Held: The appeal in *Mathieu* should be allowed, and the appeals in *St-Germain*, *Jin* and *Monière* should be dismissed.

The term of imprisonment is the term imposed by the judge at the time of sentence. Pre-sentence custody is not part of the sentence, but is only one factor taken into account by the judge in determining the sentence. This conclusion is dictated by, *inter alia*, s. 719(1) and (3) of the *Criminal Code* and is also consistent with the presumption of innocence and the objectives of sentencing. The words "imprisonment for a term not exceeding two years" used in s. 731(1)(*b*) refer to the custodial term imposed at the time of sentence — the actual term of imprisonment imposed by the court after taking into account any time spent in pre-sentence custody. Consequently, the appeals all involve prison sentences of less than two years and it was therefore open to the judges to make the probation orders in question. [5-6] [17] [19]

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Détention provisoire — Probation — Admissibilité à la libération conditionnelle — Peine d'emprisonnement de moins de deux ans infligée à des accusés qui avaient déjà purgé une période significative de détention provisoire — Était-il loisible au juge du procès de prononcer également une ordonnance de probation ou d'inadmissibilité à la libération conditionnelle? — La durée de la détention provisoire s'ajoute-t-elle à la peine d'emprisonnement infligée aux accusés au moment de la sentence? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 731(1)b), 743.6(1.2).

Les accusés, au moment de leur sentence, avaient purgé un emprisonnement provisoire significatif et, essentiellement pour ce motif, les juges dans chaque instance ont infligé des peines carcérales de moins de deux ans, assorties d'ordonnances de probation de trois ans. N'eût été la détention provisoire, les juges auraient tous infligé des peines pénitentiaires. Dans le cas *Monière*, le juge a de plus ordonné que l'accusé purge la moitié de sa peine avant d'être admissible à une libération conditionnelle. À l'exception de l'affaire *Mathieu*, la Cour d'appel a confirmé les ordonnances de probation et, dans l'affaire *Monière*, elle a annulé l'ordonnance d'inadmissibilité à une libération conditionnelle.

Arrêt : Le pourvoi *Mathieu* est accueilli et les pourvois *St-Germain*, *Jin* et *Monière* sont rejetés.

La peine infligée est celle que prononce le juge au moment de la sentence. La détention provisoire ne fait pas partie de la peine, mais n'est qu'un facteur dont le juge tient compte pour déterminer celle-ci. Cette conclusion s'impose à la lecture notamment des par. 719(1) et (3) du *Code criminel* et est en outre conforme à la présomption d'innocence ainsi qu'aux objectifs de détermination de la peine. Les termes « emprisonnement maximal de deux ans » employés à l'al. 731(1)*b*) renvoient donc à la peine infligée lors de la sentence, peine que le tribunal détermine, le cas échéant, après avoir pris en considération la période passée en détention provisoire. Par conséquent, il s'agissait dans tous les pourvois de peines d'emprisonnement de moins de deux ans et il était donc loisible aux juges d'imposer les ordonnances de probation en cause. [5-6] [17] [19]

For the same reason, in *Monière*, the judge could not order the accused to serve half the sentence before being eligible for parole. Section 743.6(1.2) of the *Code* does not apply at all to sentences of less than 24 months. Nor may a judge add the sentences imposed on different counts to conclude that the two-year threshold for the application of that provision has been reached. An order under s. 743.6(1.2) requiring an accused to serve one half of the sentence before being eligible for parole may be made only in respect of individual counts, taken separately, and only in respect of a sentence imposed for one of the offences referred to in that subsection. In *Monière*, s. 743.6(1.2) applied only to the offence of participating in a criminal organization. Since the trial judge had sentenced the accused to imprisonment for 12 months on that count, the Court of Appeal was correct to set aside the parole ineligibility order. [26-29]

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Fice*, [2005] 1 S.C.R. 742, 2005 SCC 32; **approved:** *R. v. Goeujon* (2006), 209 C.C.C. (3d) 61, 2006 BCCA 261; **referred to:** *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 467.11, 719(1), (3), (4), 731(1)(*b*), 743.1(1)(*b*), 743.6(1.2).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Delisle, Dalphond and Côté JJ.A.), [2006] Q.J. No. 8332 (QL), 2006 CarswellQue 7800, 2006 QCCA 1015, reversing in part a sentencing decision. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Otis and Chamberland JJ.A.), [2007] Q.J. No. 1540 (QL), 2007 CarswellQue 1469, 2007 QCCA 310, affirming a sentencing decision. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dalphond, Hilton and Bich JJ.A.), [2007] R.J.Q. 925, [2007] Q.J. No. 3027 (QL), 2007 CarswellQue 2873, 2007 QCCA 541, affirming a sentencing decision. Appeal dismissed.

Pour la même raison, dans l'affaire *Monière*, le juge ne pouvait pas ordonner que l'accusé purge la moitié de la peine infligée avant d'être admissible à une libération conditionnelle. L'application même du par. 743.6(1.2) du *Code* suppose que la peine soit d'une durée d'au moins 24 mois. De plus, on ne peut pas additionner les peines infligées sur différents chefs afin de conclure que le seuil de deux ans nécessaire à l'application de cette disposition est atteint. L'obligation pour l'accusé de purger la moitié de sa peine avant d'obtenir une libération conditionnelle ne peut donc être imposée en vertu du par. 743.6(1.2) qu'au regard de chaque chef pris individuellement et seulement s'il s'agit d'une peine infligée pour l'une des infractions énumérées à ce paragraphe. Dans l'affaire *Monière*, seule la peine infligée pour avoir commis l'infraction de participation à une organisation criminelle était visée par le par. 743.6(1.2). Puisque le juge du procès a condamné l'accusé à une peine d'incarcération de 12 mois pour ce chef d'accusation, la Cour d'appel a eu raison d'annuler l'ordonnance d'inadmissibilité à une libération conditionnelle. [26-29]

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Fice*, [2005] 1 R.C.S. 742, 2005 CSC 32; **arrêt approuvé :** *R. c. Goeujon* (2006), 209 C.C.C. (3d) 61, 2006 BCCA 261; **arrêts mentionnés :** *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 467.11, 719(1), (3), (4), 731(1)*b*), 743.1(1)*b*), 743.6(1.2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Delisle, Dalphond et Côté), [2006] J.Q. nº 8332 (QL), 2006 CarswellQue 7800, 2006 QCCA 1015, qui a infirmé en partie un jugement sur sentence. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Otis et Chamberland), [2007] J.Q. nº 1540 (QL), 2007 CarswellQue 1469, 2007 QCCA 310, qui a confirmé un jugement sur sentence. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dalphond, Hilton et Bich), [2007] R.J.Q. 925, [2007] J.Q. nº 3027 (QL), 2007 CarswellQue 2873, 2007 QCCA 541, qui a confirmé un jugement sur sentence. Pourvoi rejeté.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Otis and Chamberland JJ.A.), [2007] Q.J. No. 1539 (QL), 2007 CarswellQue 1468, 2007 QCCA 309, reversing in part a sentencing decision. Appeal dismissed.

Henri-Pierre La Brie and *Caroline Fontaine*, for the appellant Her Majesty the Queen (31662).

Clemente Monterosso and *Marie-Hélène Giroux*, for the respondent Mathieu.

Roland Roy, for the appellant St-Germain.

Steve Baribeau, for the respondent Her Majesty the Queen (32003).

Isabelle Doray and *Dimitrios Strapatsas*, for the appellant Jin.

Denis Pilon, for the respondent Her Majesty the Queen (32091).

Steve Baribeau and *Randall Richmond*, for the appellant Her Majesty the Queen (32014).

Mario Lavigne, for the respondent Monière.

Shawn Porter and *Megan Stephens*, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered by

FISH J. —

I

[1] The question on which these four appeals turn is whether a sentence of imprisonment of less than two years is exactly that — a sentence of less than two years — within the meaning of the *Criminal Code* even where the judge would have imposed a penitentiary term but for the offender's pre-sentence custody (sometimes referred to as "pre-trial custody").

[2] For the reasons that follow, I would answer this question in the affirmative. Accordingly, I would allow the appeal in *Mathieu* and dismiss the appeals in *St-Germain*, *Jin* and *Monière*.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Otis et Chamberland), [2007] J.Q. nº 1539 (QL), 2007 CarswellQue 1468, 2007 QCCA 309, qui a infirmé en partie un jugement sur sentence. Pourvoi rejeté.

Henri-Pierre La Brie et *Caroline Fontaine*, pour l'appelante Sa Majesté la Reine (31662).

Clemente Monterosso et *Marie-Hélène Giroux*, pour l'intimé Mathieu.

Roland Roy, pour l'appelant St-Germain.

Steve Baribeau, pour l'intimée Sa Majesté la Reine (32003).

Isabelle Doray et *Dimitrios Strapatsas*, pour l'appelant Jin.

Denis Pilon, pour l'intimée Sa Majesté la Reine (32091).

Steve Baribeau et *Randall Richmond*, pour l'appelante Sa Majesté la Reine (32014).

Mario Lavigne, pour l'intimé Monière.

Shawn Porter et *Megan Stephens*, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] La question déterminante dans ces quatre pourvois est celle de savoir si une peine d'emprisonnement de moins de deux ans en est une aux termes du *Code criminel*, même si le juge aurait infligé une peine pénitentiaire n'eût été la détention provisoire du contrevenant.

[2] Pour les motifs qui suivent, je répondrais à cette question par l'affirmative. Il s'ensuit que j'accueillerais le pourvoi *Mathieu* et rejetterais les pourvois *St-Germain*, *Jin* et *Monière*.

[3] In these four cases, the offenders had all been detained for significant periods before being sentenced. Essentially for this reason, the judges imposed custodial sentences of less than two years and probation for three years, the maximum period allowed. But for the pre-sentence custody, the judges would all have imposed penitentiary terms.

[4] In *Monière*, the judge also imposed the period of parole ineligibility — one half of the sentence — provided for in s. 743.6(1.2) of the *Criminal Code*.

[5] In my view, these appeals all involve prison sentences of less than two years within the meaning of the *Criminal Code*. It was therefore open to the judges to make the probation orders in question. For the same reason, s. 743.6(1.2) of the *Code* was not applicable. The parole ineligibility order made in *Monière* should therefore be set aside.

[6] In short, I find that the term of imprisonment in each case is the term imposed by the judge at the time of sentence. The offender's prior detention is merely one factor taken into account by the judge in determining that sentence. This conclusion is dictated by the relevant provisions of the *Criminal Code*, including ss. (1) and (3) of s. 719. It is also consistent with the presumption of innocence to which every accused, even if detained pending trial, is entitled until he or she is convicted. As we will see below, it is consistent as well with the sentencing objectives that are relevant here.

[7] Although it is possible, on an exceptional basis, to treat the time spent in pre-sentence custody as part of the term of imprisonment imposed at the time of sentence — in the context of a minimum sentence, for example, or of a conditional sentence — these are exceptions that prove the rule. As to minimum sentences, see *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18; regarding conditional

[3] Dans les quatre cas, le contrevenant, au moment de sa sentence, avait purgé un emprisonnement provisoire significatif. Et c'est essentiellement pour ce motif que les juges dans chaque instance ont infligé des peines carcérales de moins de deux ans, assorties d'ordonnances de probation de trois ans, soit la période maximale permise. N'eût été la détention provisoire, les juges auraient tous infligé des peines pénitentiaires.

[4] Dans le cas *Monière*, le juge a de plus imposé la période d'inadmissibilité à une libération conditionnelle prévue au par. 743.6(1.2) du *Code criminel*, soit la moitié de la peine.

[5] Selon moi, il s'agissait dans tous ces pourvois de peines d'emprisonnement de moins de deux ans aux termes du *Code criminel*. Il était donc loisible aux juges d'imposer les ordonnances de probation en cause. Pour la même raison, le par. 743.6(1.2) du *Code* ne trouvait pas application : il y a lieu, par conséquent, d'annuler l'ordonnance d'inadmissibilité à une libération conditionnelle décernée dans l'affaire *Monière*.

[6] Bref, j'estime que la peine infligée est celle que prononce le juge au moment de la sentence. La détention préalablement subie par le contrevenant n'est qu'un facteur dont le juge tient compte en fixant cette peine. Cette conclusion s'impose à la lecture des dispositions pertinentes du *Code criminel*, notamment les par. (1) et (3) de l'art. 719. Elle est en outre conforme à la présomption d'innocence dont tout prévenu, même détenu provisoirement, continue à jouir jusqu'à sa condamnation. Et, comme nous le verrons plus loin, elle est aussi conforme aux objectifs de détermination de la peine qui nous concernent en l'espèce.

[7] S'il est permis, exceptionnellement, de considérer que la durée de la détention provisoire s'ajoute à la peine d'emprisonnement infligée au moment de la sentence — dans le contexte d'une peine minimale, par exemple, ou dans celui des condamnations à l'emprisonnement avec sursis — il s'agit d'exceptions qui font preuve de la règle. En ce qui concerne les peines minimales, voir *R. c. Wust*,

sentences, see *R. v. Fice*, [2005] 1 S.C.R. 742, 2005 SCC 32.

II

[8] The relevant provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, read as follows:

719. (1) A sentence commences when it is imposed, except where a relevant enactment otherwise provides.

. . .

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence.

(4) Notwithstanding subsection (1), a term of imprisonment, whether imposed by a trial court or the court appealed to, commences or shall be deemed to be resumed, as the case may be, on the day on which the convicted person is arrested and taken into custody under the sentence.

731. (1) Where a person is convicted of an offence, a court may, having regard to the age and character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission,

. . .

(*b*) in addition to fining or sentencing the offender to imprisonment for a term not exceeding two years, direct that the offender comply with the conditions prescribed in a probation order.

743.1 (1) Except where otherwise provided, a person who is sentenced to imprisonment for

. . .

(*b*) a term of two years or more . . .

shall be sentenced to imprisonment in a penitentiary.

743.6 . . .

(1.2) Notwithstanding section 120 of the *Corrections and Conditional Release Act*, where an offender

[2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18; au sujet de l'emprisonnement avec sursis, voir *R. c. Fice*, [2005] 1 R.C.S. 742, 2005 CSC 32.

II

[8] Les dispositions pertinentes du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, se lisent ainsi :

719. (1) La peine commence au moment où elle est infligée, sauf lorsque le texte législatif applicable y pourvoit de façon différente.

. . .

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction.

(4) Malgré le paragraphe (1), une période d'emprisonnement, infligée par un tribunal de première instance ou par le tribunal saisi d'un appel, commence à courir ou est censée reprise, selon le cas, à la date où la personne déclarée coupable est arrêtée et mise sous garde aux termes de la sentence.

731. (1) Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut, vu l'âge et la réputation du délinquant, la nature de l'infraction et les circonstances dans lesquelles elle a été commise :

. . .

b) en plus d'infliger une amende au délinquant ou de le condamner à un emprisonnement maximal de deux ans, ordonner que le délinquant se conforme aux conditions prévues dans une ordonnance de probation.

743.1 (1) Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, une personne doit être condamnée à l'emprisonnement dans un pénitencier si elle est condamnée, selon le cas :

. . .

b) à un emprisonnement de deux ans ou plus;

743.6 . . .

(1.2) Par dérogation à l'article 120 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*,

receives a sentence of imprisonment of two years or more, including a sentence of imprisonment for life, on conviction for a terrorism offence or an offence under section 467.11, 467.12 or 467.13, the court shall order that the portion of the sentence that must be served before the offender may be released on full parole is one half of the sentence or ten years, whichever is less, unless the court is satisfied, having regard to the circumstances of the commission of the offence and the character and circumstances of the offender, that the expression of society's denunciation of the offence and the objectives of specific and general deterrence would be adequately served by a period of parole ineligibility determined in accordance with the *Corrections and Conditional Release Act*.

III

[9] As already mentioned, the time spent in pre-sentence custody is added to the term imposed at the time of sentence in determining whether an offender may be given a conditional sentence: *Fice*. However, as Hilton J.A. of the Quebec Court of Appeal observed in *Jin* ([2007] R.J.Q. 925, 2007 QCCA 541), the reasons of the majority in *Fice* apply only to conditional sentences. Bastarache J., writing for the majority in that case, was careful to make this point in the clearest possible terms:

. . . I must emphasize that the effect of pre-sentence custody on the availability of a suspended sentence, a probation order, a discharge or a fine is an issue that is not before us in this appeal. Rather, this appeal is solely concerned with whether time spent in pre-sentence custody ought to affect a sentencing judge's determination of the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence. As noted by Lamer C.J. in *Proulx*, the conditional sentence was specifically enacted as a new sanction designed to reduce the use of prison as a sanction and to expand the use of restorative justice principles in sentencing (paras. 15 and 21). Given that the conditional sentence is a new sanction with a unique combination of objectives, it should not be automatically equated with other sentencing alternatives, such as a suspended sentence, a probation order, a discharge or a fine. Accordingly, it is my position that the relationship between pre-sentence custody and the availability of a suspended sentence, a probation order,

le tribunal est tenu, sauf s'il est convaincu, compte tenu des circonstances de l'infraction et du caractère et des particularités du délinquant, que la réprobation de la société à l'égard de l'infraction commise et l'effet dissuasif de l'ordonnance auraient la portée voulue si la période d'inadmissibilité était déterminée conformément à cette loi, d'ordonner que le délinquant condamné à une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans — y compris une peine d'emprisonnement à perpétuité — pour une infraction de terrorisme ou une infraction prévue aux articles 467.11, 467.12 ou 467.13 purge, avant d'être admissible à la libération conditionnelle totale, la moitié de sa peine jusqu'à concurrence de dix ans.

III

[9] Comme je l'ai déjà indiqué, le temps passé en détention provisoire s'ajoute à la peine imposée au moment de la sentence lorsqu'il s'agit de déterminer si le contrevenant peut bénéficier d'une peine d'emprisonnement avec sursis : *Fice*. Or, comme le mentionnait le juge Hilton de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Jin* ([2007] R.J.Q. 925, 2007 QCCA 541), les motifs des juges majoritaires dans *Fice* ne visaient que les peines d'emprisonnement avec sursis. S'exprimant alors pour les juges majoritaires, le juge Bastarache a donc pris soin de faire le point en ces termes on ne peut plus clairs :

. . . je dois souligner que l'effet de la détention présentencielle sur la possibilité d'un sursis au prononcé de la peine, d'une ordonnance de probation, d'une absolution ou d'une amende est une question dont nous ne sommes pas saisis en l'espèce. Le présent pourvoi porte en effet uniquement sur la question de savoir si la période passée en détention présentencielle devrait influer sur la détermination de la fourchette des peines applicables et, partant, sur l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis. Ainsi que l'a souligné le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Proulx*, le régime d'emprisonnement avec sursis a précisément été édicté comme sanction visant à réduire le recours à l'emprisonnement et à élargir l'application des principes de justice corrective dans la détermination de la peine (par. 15 et 21). Comme l'emprisonnement avec sursis est une nouvelle sanction visant une combinaison particulière d'objectifs, cette mesure ne devrait pas être assimilée automatiquement aux autres solutions de rechange à l'incarcération telles que le sursis

a discharge or a fine is an issue that is better left for another day. [Emphasis added; para. 42.]

[10] That other day has now arrived. In seizing the moment, we need not reconsider either our decision in *Fice* or Justice Bastarache's definition of its scope. However, insofar as my reasons in *Fice* are not inconsistent with the conclusion of the majority or the reasoning that supports it, I reiterate in the different context of this appeal what I wrote at the time, with the concurrence of Deschamps J.

[11] According to the very words of s. 719(1) of the *Criminal Code*, "[a] sentence commences when it is imposed", and s. 719(3) provides that "[i]n determining the sentence . . . a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence". These sentencing principles apply without doubt to the making of a probation order.

[12] As I stated in *Fice*:

Moreover, in concluding as it did in *Wust*, the Court emphasized the need, in interpreting the sentencing provisions of the *Criminal Code*, "to avoid absurd results by searching for internal coherence and consistency in the statute". [para. 52]

[13] The interpretation I propose on this appeal is consistent not only with ss. (1) and (3) of s. 719 (to which I shall presently return), but also with the other relevant provisions of the *Criminal Code*. I will mention only two of them here.

[14] The first is s. 719(4) of the *Code*. Whereas s. 719(1) applies to offenders who are in custody at the time of sentencing, s. 719(4) extends the same principle to offenders who are not then detained. In virtue of s. 719(4), a term of imprisonment commences "on the day on which the convicted person

au prononcé de la peine, l'ordonnance de probation, l'absolution ou l'amende. Par conséquent, j'estime qu'il vaut mieux remettre à une autre occasion l'examen de la relation entre la détention présentencielle et la possibilité de surseoir au prononcé de la peine, d'ordonner une mise en probation, d'accorder une absolution ou d'infliger une amende. [Je souligne; par. 42.]

[10] Cette autre occasion se présente en l'espèce. En la saisissant, il n'est aucunement question de revenir ni sur notre décision dans *Fice*, ni sur les propos du juge Bastarache qui encadrent sa portée. Par contre, dans la mesure où mes motifs dans *Fice* ne sont pas incompatibles avec la conclusion des juges majoritaires et le raisonnement qui l'appuie, je reprends dans le contexte différent de l'espèce ce que j'ai alors écrit, avec l'accord de la juge Deschamps.

[11] Selon le texte même du par. 719(1) du *Code criminel*, « [l]a peine commence au moment où elle est infligée », et le par. 719(3) dispose que « [p]our fixer la peine [. . .] le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction ». Ces principes de détermination de la peine s'appliquent indiscutablement à l'imposition d'une ordonnance de probation.

[12] Comme je l'exprimais dans l'arrêt *Fice* :

De plus, en concluant comme elle l'a fait dans *Wust*, notre Cour a souligné la nécessité d'interpréter les dispositions du *Code criminel* relatives à la détermination de la peine « de façon à éviter toute contradiction entre ses dispositions et tout résultat absurde, en s'efforçant d'assurer la cohérence et la logique internes du texte ». [par. 52]

[13] L'interprétation que je propose en l'espèce concorde bien non seulement avec les par. (1) et (3) de l'art. 719 (j'y reviendrai), mais également avec les autres dispositions pertinentes du *Code criminel*. Je n'en mentionne ici que deux.

[14] D'abord, le par. 719(4) du *Code*. Tandis que le par. 719(1) vise les contrevenants en détention au moment de la sentence, le par. 719(4) applique le même principe aux contrevenants alors en liberté. Selon cette disposition, une période d'emprisonnement commence à courir « à la date où la personne

is arrested and taken into custody under the sentence". An accused detained pending trial or sentence is not "taken into custody under the sentence". Pre-sentence custody can thus hardly form part of a sentence that has not yet commenced.

[15] The same conclusion flows from s. 743.1(1)(*b*), which provides that "a person who is sentenced to imprisonment for . . . a term of two years or more . . . shall be sentenced to imprisonment in a penitentiary". No one has suggested that a sentence of less than two years should be served in a penitentiary if the judge would have imposed a term of two years or more in the absence of pre-sentence custody.

[16] I return now to s. 719(3), which, as I wrote in *Fice*,

> [authorizes a] court that might otherwise have imposed a sentence of more than two years . . . to impose a sentence of less than two years where a longer term of imprisonment would be excessive, bearing in mind the time already spent in custody as a result of the offence. [para. 62]

[17] I thus agree with Beauregard J.A. of the Court of Appeal in *Monière* that [TRANSLATION] "pre-sentence custody is not part of the sentence, but is only one factor taken into account by the judge in determining the sentence" ([2007] Q.J. No. 1539 (QL), 2007 QCCA 309, at para. 18). This means that a sentence of less than two years does not, for the purposes of s. 731(1)(*b*), become a sentence of more than two years simply because the trial judge, in imposing the sentence of less than two years, took into account the time already spent in custody as a result of the offence.

[18] Moreover, it is not solely because of the law and s. 719 of the *Code* that pre-sentence custody is taken into account as a factor in sentencing. This result can also be inferred from a conceptual interpretation of pre-sentence custody. Pre-sentence custody generally refers to custody before the verdict is rendered, at a time when the accused is presumed innocent. In the context that concerns us

déclarée coupable est arrêtée et mise sous garde aux termes de la sentence ». Un prévenu en détention provisoire n'est pas « mi[s] sous garde aux termes de la sentence ». Ainsi, la détention provisoire ne peut manifestement pas faire partie d'une peine qui n'a pas encore commencé à courir.

[15] La même conclusion s'infère de l'al. 743.1(1)*b*), qui dispose « [qu]'une personne doit être condamnée à l'emprisonnement dans un pénitencier si elle est condamnée [. . .] à un emprisonnement de deux ans ou plus ». Personne ne suggère qu'une peine de moins de deux ans doive être purgée dans un pénitencier lorsque le juge aurait infligé une peine de deux ans ou plus n'eut été la détention provisoire du contrevenant.

[16] Je reviens donc au par. 719(3) qui, comme je l'écrivais dans *Fice* :

> . . . autorise le tribunal qui aurait autrement pu prononcer une peine de plus de deux ans à infliger une peine de moins de deux ans dans le cas où un emprisonnement d'une durée plus longue constituerait une peine excessive, vu la période déjà passée sous garde par suite de l'infraction. [par. 62]

[17] Aussi, je partage l'avis du juge Beauregard de la Cour d'appel dans l'affaire *Monière* voulant que « la détention provisoire ne fait pas partie de la peine, mais n'est qu'un facteur dont le juge tient compte pour déterminer la peine » ([2007] J.Q. n° 1539 (QL), 2007 QCCA 309, par. 18). Il en résulte qu'une peine de moins de deux ans ne se transforme pas, pour l'application de l'al. 731(1)*b*), en une peine de plus de deux ans du simple fait que le juge du procès, en infligeant la peine de moins de deux ans, a pris en compte la période déjà passée sous garde par suite de l'infraction.

[18] Qui plus est, la prise en compte de la détention provisoire comme facteur de détermination de la peine ne découle pas uniquement de la loi et de l'art. 719 du *Code*, mais s'infère aussi de l'interprétation conceptuelle de la détention provisoire. En effet, l'emprisonnement provisoire fait généralement référence à la détention avant verdict, alors que l'accusé est présumé innocent. Dans le contexte

here, this custody is, in principle, preventive rather than punitive. Pre-sentence custody cannot really be characterized as a "sentence": if the accused is convicted, the judge does take it into account as a relevant factor in sentencing, but what if the accused is *acquitted*? Whether the pre-sentence custody was part of a sentence for the purposes of the *Code* would thus fall to be determined retroactively in light of the verdict — a subsequent and separate event.

[19] Manifestly, the words "imprisonment for a term not exceeding two years" used by Parliament in s. 731(1)(*b*) refer to the custodial term imposed at the time of sentence — the actual term of imprisonment imposed by the court after taking into account any time spent in pre-sentence custody.

IV

[20] This interpretation of the word "sentence" is also justified by the purpose of a probation order, namely to facilitate the offender's rehabilitation: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5. In this regard, I adopt the words of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Goeujon* (2006), 209 C.C.C. (3d) 61, 2006 BCCA 261:

> The availability of a probation order depends on different factors. Probation is not intended to punish the offender so much as to rehabilitate the offender. Regardless of the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender, it may be that a particular offender who has spent time in pre-sentence custody and deserves a sentence of imprisonment of two years may still benefit from the rehabilitative aspects of probation.
>
> Probation orders may also be particularly useful for offenders who have served time in pre-sentence custody. The reason that many judges give double credit for time served in pre-sentence custody is that it is often served in difficult conditions in which rehabilitative programs are not available: see *R. v. Rezaie* (1996), 112 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.) at 104. An offender who has served time in pre-sentence custody, without access to programs, would benefit from the imposition of probation upon release, whether such release takes place immediately at the time of sentencing or following a

qui nous concerne ici, cette détention est en principe préventive plutôt que punitive. Une telle détention ne peut guère être qualifiée de « peine » : advenant un verdict de culpabilité, le juge en tient compte comme facteur pertinent lors de la sentence, mais qu'en est-il advenant *l'acquittement* du prévenu? Il s'agirait alors de déterminer rétroactivement si la détention provisoire constituait ou non une peine aux termes du *Code*, ce qui dépendrait du verdict — événement postérieur et indépendant.

[19] Manifestement, les termes « emprisonnement maximal de deux ans » employés par le législateur à l'al. 731(1)*b*) renvoient donc à la peine infligée lors de la sentence, peine que le tribunal détermine, le cas échéant, après avoir pris en considération la période passée en détention provisoire.

IV

[20] Cette interprétation du mot « peine » se justifie également au regard du but visé par l'imposition d'une ordonnance de probation, soit de favoriser la réhabilitation du délinquant : *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5. À cet égard, je fais miens les propos de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Goeujon* (2006), 209 C.C.C. (3d) 61, 2006 BCCA 261 :

> [TRADUCTION] La possibilité d'imposer une période de probation dépend de différents facteurs. La probation ne vise pas tant à punir le contrevenant qu'à favoriser sa réinsertion sociale. Peu importe la gravité de l'infraction et le degré de responsabilité du contrevenant, il se peut qu'un contrevenant qui a été détenu un certain temps avant le prononcé de sa sentence et qui mérite une peine d'emprisonnement de deux ans puisse néanmoins bénéficier des effets de réinsertion sociale que facilite une ordonnance de probation.
>
> Les ordonnances de probation peuvent aussi se révéler particulièrement utiles pour les contrevenants qui ont été détenus avant le prononcé de leur sentence. Si de nombreux juges doublent la période de détention présentencielle avant de la déduire de la peine à infliger, c'est parce que le contrevenant est alors détenu dans des conditions difficiles et ne peut bénéficier de programmes de réinsertion sociale : voir *R. c. Rezaie* (1996), 112 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), à la p. 104. Un contrevenant qui a été détenu avant le prononcé de sa sentence, sans avoir accès à des programmes, tirerait

further sentence of imprisonment not exceeding two years. [paras. 49-50]

[21] The reasons of Beauregard J.A. of the Court of Appeal in *St-Germain* are also particularly apt:

[TRANSLATION] While a probation order may curtail the liberty of the accused, it is above all a way to test the accused and a way to protect society.

Parliament presumes that, if an accused serves time in a penitentiary and receives the services he or she needs, there is no point in testing the accused further once he or she is released from the penitentiary.

Finally, a probation order is a useful tool for a judge who, whether the accused has been in pre-sentence custody or not, believes it is wiser to sentence the accused to imprisonment for two years or less with a period of probation rather than sentencing the accused to a term in a penitentiary. The issue of probation is therefore directly related to post-sentencing custody.

([2007] Q.J. No. 1540 (QL), 2007 QCCA 310, at paras. 17-19)

[22] Indeed, if it were to be concluded that a probation order is not available in cases where the total of the time spent in pre-sentence custody and the sentence of imprisonment imposed by the judge is more than two years, this could have a harmful consequence, as the judge might decide to impose a longer period of incarceration. This interpretation, which must be rejected, would have the unfortunate effect of unjustifiably increasing the length of time to be served in prison; in addition, the probation order's effect of facilitating an offender's reintegration into society would be unavailable to offenders who might benefit from it.

V

[23] The appeal in *Monière* raises an additional issue: Does pre-sentence custody form part of the sentence for the purposes of s. 743.6(1.2) and the delaying of parole pursuant to that provision? The issue, then, is whether the expression "sentence

avantage d'une période de probation au moment de sa libération, que celle-ci survienne dès le prononcé de la sentence ou au terme d'un nouvel emprisonnement maximal de deux ans. [par. 49-50]

[21] De même, les motifs du juge Beauregard de la Cour d'appel dans l'affaire *St-Germain* sont particulièrement pertinents :

Si une ordonnance de probation peut porter atteinte à la liberté de l'accusé, c'est surtout un moyen de mettre l'accusé à l'épreuve et un moyen de protéger la société.

Le législateur présume que, si un accusé séjourne dans un pénitencier et reçoit les services dont il a besoin, il est inutile d'ajouter à sa mise à l'épreuve une fois qu'il est libéré du pénitencier.

Enfin l'ordonnance de probation est un outil utile pour le juge qui, détention provisoire ou pas, croit plus judicieux de condamner l'accusé à une détention de deux ans ou moins avec une certaine période de probation plutôt que de le condamner à être détenu dans un pénitencier. La question de la probation est donc en relation directe avec la détention qui a lieu après le prononcé de la sentence.

([2007] J.Q. n° 1540 (QL), 2007 QCCA 310, par. 17-19)

[22] En effet, si l'on devait conclure que l'ordonnance de probation n'est pas disponible dans les cas où la période passée en détention présentencielle, additionnée à la peine d'emprisonnement prononcée par le juge, excède deux ans, cela pourrait avoir comme conséquence néfaste l'imposition par le juge d'une période d'incarcération plus longue. Cette interprétation, qui doit être rejetée, aurait d'une part pour fâcheuse conséquence une augmentation injustifiée de la période à être purgée en milieu carcéral; d'autre part, elle priverait de l'effet de réinsertion sociale que facilite une ordonnance de probation les contrevenants susceptibles d'en bénéficier.

V

[23] Le pourvoi *Monière* soulève aussi la question de savoir si la période passée en détention provisoire doit être comprise comme faisant partie de la peine imposée par le juge du procès aux fins de l'application du par. 743.6(1.2) et du retardement

of imprisonment of two years or more" used by Parliament in s. 743.6(1.2) refers to the custodial term imposed by the judge at the time of sentencing.

[24] By the time he was sentenced, the respondent Monière had been detained for eight months. The judge was of the opinion that a sentence of imprisonment of more than two years would be proportionate to the gravity of the offences committed by the respondent. Taking the pre-trial detention into account, however, he imposed an aggregate sentence of 23 months' imprisonment, consisting of 12 months for participating in the activities of a criminal organization (s. 467.11 of the *Code*), 11 months consecutive for drug trafficking and 11 months for conspiracy to traffic in drugs, to be served concurrently with the second sentence. The judge imposed three years of probation and, pursuant to s. 743.6(1.2) of the *Code*, ordered the respondent to serve half his sentence before being eligible for parole.

[25] Section 743.6(1.2) provides for the possibility of delaying an offender's parole if the sentence imposed on the offender is two years or more. The trial judge in *Monière* believed he had the authority to make such an order on the basis that, had it not been for the time spent in pre-sentence custody, the respondent would have received a sentence of imprisonment of more than two years. The Court of Appeal set aside that order.

[26] The respondent Monière argues that, since the sentence imposed by the judge was less than two years, the judge could not order him to serve half the sentence before being eligible for parole. I agree.

[27] The Crown conceded at the hearing in this Court that the calculation of one half of the sentence to be served must be based on the sentence imposed at the time of sentencing. Since the

de la libération conditionnelle que cette disposition prévoit. Il s'agit donc de savoir si l'expression « peine d'emprisonnement d'au moins deux ans » employée par le législateur au par. 743.6(1.2) renvoie à la peine infligée par le juge lorsqu'il prononce la sentence.

[24] Au moment de la sentence, l'intimé Monière avait passé huit mois en détention provisoire. Le juge était d'avis qu'un terme d'emprisonnement de plus de deux ans correspondrait à la gravité des infractions commises par l'intimé. Il a toutefois pris en compte la période passée en détention préventive afin de déterminer la peine appropriée. Le juge a donc infligé à l'intimé Monière une peine globale de 23 mois d'emprisonnement, composée de 12 mois pour avoir participé à une activité d'une organisation criminelle (art. 467.11 du *Code*), 11 mois consécutifs pour avoir fait le trafic d'une drogue et 11 mois pour avoir comploté à cette fin, cette dernière peine devant être purgée concurremment avec la deuxième. En plus d'une probation de trois ans, le juge a imposé à l'intimé l'obligation de purger la moitié de sa peine avant d'être admissible à une libération conditionnelle selon le par. 743.6(1.2) du *Code*.

[25] Le paragraphe 743.6(1.2) prévoit en effet la possibilité de retarder la libération conditionnelle d'un contrevenant si la peine qui lui est imposée est d'une durée d'au moins deux ans. Le premier juge s'est cru autorisé de ce fait en l'espèce, au motif que, abstraction faite du temps passé en détention présentencielle, l'intimé aurait reçu une peine d'emprisonnement supérieure à deux ans. La Cour d'appel a annulé cette ordonnance rendue en vertu du par. 743.6(1.2).

[26] L'intimé Monière plaide que puisque la peine prononcée par le juge était inférieure à deux ans, le juge ne pouvait pas ordonner qu'il en purge la moitié avant d'être admissible à une libération conditionnelle. J'estime qu'il a raison.

[27] Le ministère public a concédé lors de l'audition que le calcul de la moitié de la peine à purger devait s'effectuer à partir de la peine prononcée lors de la sentence. Ainsi, cette peine étant de 23 mois,

respondent Monière's sentence was 23 months, the Crown thus suggests that he had to serve eleven and a half months before being eligible for parole. The incongruity of this submission is obvious, since s. 743.6(1.2) does not apply at all to sentences of less than 24 months.

[28] Another comment is necessary. In determining whether s. 743.6(1.2) of the *Code* applies in a given case, a judge may not add the sentences imposed on different counts to conclude that the two-year threshold for the application of that provision has been reached. An order under s. 743.6(1.2) requiring an offender to serve one half of the sentence before being eligible for parole may be made only in respect of individual counts, taken separately. In any event, a parole ineligibility order may be made only in respect of a sentence imposed for one of the offences referred to in s. 743.6(1.2). That provision states clearly that the judicial power to delay parole exists only "for a terrorism offence or an offence under section 467.11, 467.12 or 467.13".

[29] Here, s. 743.6(1.2) applied only to the offence of participating in a criminal organization. The trial judge sentenced the respondent Monière to imprisonment for 12 months on that count. The Court of Appeal was therefore correct to set aside the order made under s. 743.6(1.2).

VI

[30] For all these reasons, as I stated at the outset, I would allow the appeal in *Mathieu* and restore the probation order imposed by the trial judge, and I would dismiss the appeals in *Jin*, *St-Germain* and *Monière*.

Mathieu appeal allowed; St-Germain, Jin and Monière appeals dismissed.

Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen (31662): Poursuites criminelles et pénales du Québec, Longueuil.

le ministère public propose que l'intimé Monière devait purger une période de détention de onze mois et demi avant d'être admissible à une libération conditionnelle. L'incongruité de cette prétention est apparente, puisque l'application même du par. 743.6(1.2) suppose que la peine soit d'une durée d'au moins 24 mois.

[28] Une autre remarque s'impose. Lorsqu'on cherche à déterminer si le par. 743.6(1.2) du *Code* peut s'appliquer dans un cas donné, on ne peut pas additionner les peines infligées sur différents chefs afin de conclure que le seuil de deux ans nécessaire à l'application de cette disposition est atteint. L'obligation pour le délinquant de purger la moitié de sa peine avant d'obtenir une libération conditionnelle ne peut être imposée en vertu du par. 743.6(1.2) qu'au regard de chaque chef pris individuellement. Encore faut-il, dans ce cas, qu'il s'agisse d'une peine infligée pour l'une des infractions mentionnées au par. 743.6(1.2). Cette disposition énonce clairement que le pouvoir judiciaire de retarder la libération conditionnelle n'est possible que « pour une infraction de terrorisme ou une infraction prévue aux articles 467.11, 467.12 ou 467.13 ».

[29] En l'espèce, seule la peine infligée pour avoir commis l'infraction de participation à une organisation criminelle était visée par le par. 743.6(1.2). Le juge de première instance a condamné l'intimé Monière à une peine d'incarcération de 12 mois pour ce chef d'accusation. C'est donc à bon droit que la Cour d'appel a annulé l'ordonnance rendue en vertu du par. 743.6(1.2).

VI

[30] Pour tous ces motifs et comme je l'ai mentionné au départ, j'accueillerais le pourvoi *Mathieu* afin de rétablir l'ordonnance de probation imposée par le premier juge et je rejetterais les pourvois *Jin*, *St-Germain* et *Monière*.

Pourvoi Mathieu accueilli; pourvois St-Germain, Jin et Monière rejetés.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine (31662) : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Longueuil.

Solicitors for the respondent Mathieu: Monterosso Giroux, Montréal.

Solicitor for the appellant St-Germain: Roland Roy, Sainte-Agathe-des-Monts.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen (32003): Poursuites criminelles et pénales du Québec, Saint-Jérôme.

Solicitors for the appellant Jin: Lapointe Doray Lamoureux Tardif, Montréal.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen (32091): Poursuites criminelles et pénales du Québec, Gatineau.

Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen (32014): Poursuites criminelles et pénales du Québec, Saint-Jérôme.

Solicitor for the respondent Monière: Mario Lavigne, Montréal.

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

Procureurs de l'intimé Mathieu : Monterosso Giroux, Montréal.

Procureur de l'appelant St-Germain : Roland Roy, Sainte-Agathe-des-Monts.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine (32003) : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Saint-Jérôme.

Procureurs de l'appelant Jin : Lapointe Doray Lamoureux Tardif, Montréal.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine (32091) : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Gatineau.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine (32014) : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Saint-Jérôme.

Procureur de l'intimé Monière : Mario Lavigne, Montréal.

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

Design Services Limited, G.J. Cahill & Company Limited, Pyramid Construction Limited, PHB Group Inc., Canadian Process Services Inc. and Metal World Incorporated Inc. *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

Design Services Limited, G.J. Cahill & Company Limited, Pyramid Construction Limited, PHB Group Inc., Canadian Process Services Inc. et Metal World Incorporated Inc. *Appelantes*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

INDEXED AS: DESIGN SERVICES LTD. *v.* CANADA

Neutral citation: 2008 SCC 22.

File No.: 31618.

2007: November 9; 2008: May 8.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Torts — Negligence — Duty of care — Tendering process — Recovery for pure economic loss — Owner awarding construction contract to non-compliant bidder following "design-build" tendering process — Subcontractors to contractor which should have been awarded contract suing owner in tort for economic loss suffered — Whether owner owed duty of care to subcontractors — Whether claim fits within recognized duty of care category — Whether new duty of care between owner and subcontractors should be recognized.

Public Works (PW) launched a "design-build" tendering process for the construction of a building. The tendering documents indicated that proponents could bid on the contract alone or in conjunction with other entities as a joint venture. PW awarded the contract to a non-compliant bidder. O, the contractor which should have been awarded the contract, and the subcontractors associated with it, sued. No partnership or joint venture had been entered into between O and the subcontractors. O settled with PW, but the subcontractors continued with the litigation. The trial judge found that PW owed a duty in tort, but not in contract, to the

RÉPERTORIÉ : DESIGN SERVICES LTD. *c.* CANADA

Référence neutre : 2008 CSC 22.

N° du greffe : 31618.

2007 : 9 novembre; 2008 : 8 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Appel d'offres — Indemnisation d'une perte purement financière — Adjudication par le propriétaire d'un contrat de construction à un soumissionnaire dont la soumission n'est pas conforme, selon un appel d'offres dit « conception-construction » — Recours en responsabilité délictuelle pour pertes financières subies intenté contre le propriétaire par les sous-traitants de l'entrepreneur qui aurait dû obtenir le contrat — Le propriétaire a-t-il une obligation de diligence envers les sous-traitants? — La demande d'indemnisation relève-t-elle d'une catégorie reconnue d'obligation de diligence? — Y a-t-il lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence entre propriétaire et sous-traitants?

Travaux publics (TP) a lancé un appel d'offres dit « conception-construction » pour la construction d'un bâtiment. Selon les documents d'appel d'offres, les proposants pouvaient soumissionner pour le contrat seuls ou en collaboration avec d'autres entités par le biais d'une coentreprise. TP a adjugé le contrat à un soumissionnaire qui a présenté une soumission non conforme. O, l'entrepreneur qui aurait dû obtenir le contrat et ses sous-traitants ont engagé des poursuites. O et ses sous-traitants ne formaient pas un partenariat ni une coentreprise. O est parvenue à un règlement avec TP, mais ses sous-traitants ont maintenu l'action. Le juge

subcontractors. The Court of Appeal set aside the decision, concluding that a new duty of care should not be recognized in these circumstances.

Held: The appeal should be dismissed.

The subcontractors' claims do not fall within a pre-existing category in respect of which a duty of care has been recognized. Since the subcontractors' damages were solely financial in nature, they qualify as pure economic losses. Of the five pre-existing categories of pure economic loss, relational economic loss is the only one within which the subcontractors' claims could possibly fall. Relational economic loss occurs in situations where the defendant negligently causes personal injury or property damage to a third party and the plaintiff suffers pure economic loss by virtue of some relationship, usually contractual, it enjoys with the injured third party or the damaged property. Since O's property was not damaged here, the subcontractors do not fit within this category. Absent damage to O's property, even a finding of joint venture or situation analogous to a joint venture between O and the subcontractors would not bring them within the relational economic loss category. [30-31] [33-34] [42] [44]

The recognition of a new duty of care between an owner and subcontractors in the context of a tendering process is not justified. While there are certainly factors that indicate a close relationship between PW and the subcontractors, at the first stage of the *Anns* test a court must also examine whether there are any policy considerations specific to the parties such that tort liability should not be recognized. Here, the fact that the subcontractors had the opportunity to form a joint venture, and thereby be parties to the "Contract A" made between PW and O, which would have entitled them to claim in contract, is an overriding policy reason that tort liability should not be recognized in these circumstances. The obligations the subcontractors seek to enforce through tort exist only because of "Contract A". Allowing them to sidestep the circumstances they participated in creating and make a claim in tort would be to ignore and circumvent the contractual rights and obligations that were, and were not, intended by PW, O and the subcontractors. To conclude that an action in tort is appropriate when commercial parties have deliberately arranged their affairs in contract would be to allow for an unjustifiable encroachment of tort law

de première instance a estimé que TP avait engagé sa responsabilité délictuelle, mais non sa responsabilité contractuelle, envers les sous-traitants. La Cour d'appel a annulé la décision, concluant que les circonstances ne pouvaient donner lieu à la reconnaissance d'une nouvelle obligation de diligence.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les demandes d'indemnisation des sous-traitants ne relèvent pas d'une catégorie préexistante dans laquelle une obligation de diligence a été reconnue. Comme le préjudice subi par les sous-traitants est d'ordre uniquement financier, il s'agit de pertes purement financières. Des cinq catégories qui existent déjà à l'égard de pertes purement financières, celle de la perte financière relationnelle est la seule dont pourraient relever les demandes d'indemnisation des sous-traitants. La perte financière relationnelle se produit dans des situations où le défendeur cause par sa négligence un préjudice corporel ou matériel à un tiers et le demandeur subit des pertes purement financières en raison d'un lien, normalement contractuel, qu'il a avec le tiers lésé ou le bien endommagé. Comme O n'a subi aucun dommage matériel en l'espèce, le recours des sous-traitants n'entre pas dans cette catégorie. En l'absence d'un dommage causé à un bien d'O, même le fait de conclure qu'il s'agit d'une coentreprise ou d'une situation analogue à une coentreprise entre O et les sous-traitants ne suffit pas pour que ceux-ci puissent se réclamer de la catégorie de la perte financière relationnelle. [30-31] [33-34] [42] [44]

La reconnaissance d'une nouvelle obligation de diligence entre propriétaire et sous-traitants dans le contexte d'un appel d'offres n'est pas justifiée. Même si certains facteurs témoignent indéniablement de l'existence d'un lien étroit entre TP et les sous-traitants, le tribunal doit également examiner, à la première étape du critère de l'arrêt *Anns*, si des considérations de politique générale s'attachant spécifiquement aux parties empêchent la reconnaissance de la responsabilité délictuelle. En l'espèce, le fait que les sous-traitants aient eu la possibilité de former une coentreprise et d'être ainsi parties au « contrat A » entre TP et O, qui leur aurait donné le droit de demander une indemnisation, est une raison de principe prédominante qui empêche la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle dans les circonstances. Les obligations dont les sous-traitants demandent l'application par le biais de la responsabilité délictuelle n'existent qu'à cause du « contrat A ». Leur permettre de faire fi des circonstances qu'ils ont contribué à créer et d'intenter un recours délictuel serait ignorer et contourner les droits et obligations contractuels que TP, O et eux-mêmes entendaient, et n'entendaient pas, créer. Conclure qu'une action en responsabilité

into the realm of contract. Even if a *prima facie* duty of care had been found at the first stage of the *Anns* test, it would have been negated at the second stage because of indeterminate liability concerns. [3] [53] [56-57] [66]

Cases Cited

Referred to: *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69; *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *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; *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227; *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931).

Authors Cited

Beatson, J. *Anson's Law of Contract*, 28th ed. New York: Oxford University Press, 2002.

Feldthusen, Bruce. "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2002.

Hepburn, Samantha J. *Principles of Property Law*, 2nd ed. Sydney, N.S.W.: Cavendish Publishing (Australia), 2001.

Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2003.

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Sexton and Malone JJ.A.)

délictuelle est le recours approprié lorsque des parties commerciales ont volontairement organisé leurs affaires par contrat reviendrait à permettre un empiétement injustifié du droit de la responsabilité délictuelle sur le droit des contrats. Même si l'on avait conclu à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* à la première étape de l'arrêt *Anns*, cette obligation aurait été écartée à la seconde étape en raison des préoccupations soulevées par le problème de la responsabilité indéterminée. [3] [53] [56-57] [66]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69; *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *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; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge « Willemstad »* (1976), 11 A.L.R. 227; *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931).

Doctrine citée

Beatson, J. *Anson's Law of Contract*, 28th ed. New York : Oxford University Press, 2002.

Feldthusen, Bruce. « Economic Loss in the Supreme Court of Canada : Yesterday and Tomorrow » (1990-1991), 17 *Rev. can. dr. comm.* 356.

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 2002.

Hepburn, Samantha J. *Principles of Property Law*, 2nd ed. Sydney, N.S.W. : Cavendish Publishing (Australia), 2001.

Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2003.

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Sexton et Malone)

(2006), 272 D.L.R. (4th) 361, 352 N.R. 157, 42 C.C.L.T. (3d) 1, 58 C.L.R. (3d) 153, [2006] F.C.J. No. 1141 (QL), 2006 CarswellNat 2566, 2006 FCA 260, reversing a decision of Mosley J. (2005), 275 F.T.R. 183, 46 C.L.R. (3d) 171, [2005] F.C.J. No. 1108 (QL), 2005 CarswellNat 1807, 2005 FC 890. Appeal dismissed.

Geoffrey E. J. Brown, Q.C., and *Gerry R. Fleming*, for the appellants.

Christopher Rupar, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] The issue in this appeal is whether an owner in a tendering process owes a duty of care in tort to subcontractors. The owner awarded a construction contract to a non-compliant bidder. The appellants were subcontractors to the contractor which should have been awarded the contract. The appellants do not have privity of contract with the owner and therefore, being unable to establish a claim for breach of contract, have asserted a claim in tort for the economic loss they have suffered.

[2] There are two ways that such a claim can succeed. Either (1) the claim fits within a recognized duty of care category, or (2) a new duty of care is recognized.

[3] The claim in this appeal does not fall within a recognized category of duty of care, and the recognition of a new duty between an owner and subcontractors is not justified. Therefore, I would dismiss the appeal.

II. Facts

[4] Public Works and Government Services Canada ("PW") launched a tendering process in

(2006), 272 D.L.R. (4th) 361, 352 N.R. 157, 42 C.C.L.T. (3d) 1, 58 C.L.R. (3d) 153, [2006] A.C.F. nº 1141 (QL), 2006 CarswellNat 3357, 2006 CAF 260, qui a infirmé une décision du juge Mosley (2005), 275 F.T.R. 183, 46 C.L.R. (3d) 171, [2005] A.C.F. nº 1108 (QL), 2005 CarswellNat 1807, 2005 CF 890. Pourvoi rejeté.

Geoffrey E. J. Brown, c.r., et *Gerry R. Fleming*, pour les appelantes.

Christopher Rupar, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] La Cour doit déterminer si, en vertu du droit de la responsabilité délictuelle, le propriétaire qui lance un appel d'offres a une obligation de diligence envers les sous-traitants. Le propriétaire a adjugé un contrat de construction à un soumissionnaire dont la soumission n'était pas conforme. Les appelantes étaient les sous-traitants de l'entrepreneur qui aurait dû obtenir le contrat. N'ayant pas de lien contractuel avec le propriétaire, elles n'ont pu invoquer la rupture du contrat et ont donc intenté un recours en responsabilité délictuelle pour les pertes financières qu'elles ont subies.

[2] Ce genre de recours peut être accueilli dans deux cas. Soit (1) il relève d'une catégorie reconnue d'obligation de diligence, soit (2) une nouvelle obligation de diligence est reconnue.

[3] Le recours en cause dans le présent pourvoi ne relève pas d'une catégorie reconnue d'obligation de diligence, et la reconnaissance d'une nouvelle obligation entre propriétaire et sous-traitants n'est pas justifiée. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

[4] En mai 1998, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (« TP ») a lancé un appel

May 1998 for the construction of a naval reserve building in St. John's, Newfoundland, to be named HMCS Cabot.

[5] PW decided to use what is called a "design-build" tendering process. The key difference between a traditional tendering process and a design-build project is that in the latter, the bid proponent is responsible for both the design and the construction of the project. It is the proponent that must bring together the design and construction professionals in a collaborative effort to complete the bid. This type of tendering process is advantageous for the owner since instead of having an architect, a general contractor and other consultants, an owner will only deal with one entity usually called the design-builder. This single point of contact allows the owner to funnel all its concerns (e.g. design revisions, project feedback, budgeting, permits, construction issues) through the design-builder. Also, as described by Mr. Carl Mallam, the president of Olympic Construction Ltd. ("Olympic"), the proponent/general contractor to which the appellants would have been subcontractors, a design-build project offers other advantages to the owner: "it usually took less time to complete and posed less risk that the project would go over budget as the bids offered a 'package' deal and lump sum price covering everything from the design to final inspection and 'turnkey' operation" (trial reasons (2005), 275 F.T.R. 183, 2005 FC 890, at para. 45).

[6] This was a two-stage tendering process. First, under a Request for Statement of Qualifications ("SOQ"), the bid proponents were asked to provide evidence of the capabilities, qualifications and experience of key individuals within their proposed design-build teams. From this information, PW would select proponents to continue to the next stage of the process known as the Request for Proposal ("RFP"). Once the proposals were submitted, PW would evaluate them and award the contract to the winning proponent.

d'offres pour la construction d'un bâtiment de la Réserve navale, du nom de NCSM Cabot, à St. John's (Terre-Neuve).

[5] TP a décidé de recourir à un appel d'offres dit « conception-construction ». La principale différence entre le modèle d'appel d'offres traditionnel et un projet « conception-construction » est que, dans ce dernier cas, la conception et la construction du projet incombent toutes deux à l'auteur de l'offre. C'est le proposant qui doit réunir les professionnels de la conception et de la construction appelés à collaborer à la réalisation de la proposition. Ce modèle d'appel d'offres est avantageux pour le propriétaire, car il ne traitera qu'avec une seule entité, généralement appelée le concepteur-constructeur, plutôt qu'avec l'architecte, l'entrepreneur général et les autres experts-conseils. Ce point de contact unique permet au propriétaire d'adresser toutes ses questions (par exemple les révisions de la conception, la rétroaction sur le projet, l'établissement du budget, les permis, les questions relatives à la construction) au concepteur-constructeur. Par ailleurs, comme l'a indiqué M. Carl Mallam, président d'Olympic Construction Ltd. (« Olympic »), proposant/entrepreneur général pour qui les appelantes auraient agi comme sous-traitants, le propriétaire tire d'autres avantages de la conception-construction : « la réalisation du projet est habituellement moins longue et il y a moins de risques d'excéder le budget, car les soumissions constituent une "offre globale" et offrent un prix forfaitaire qui couvre tout, de la conception jusqu'à l'inspection finale et à l'opération clé en main » (motifs du jugement de première instance, [2005] A.C.F. nº 1108 (QL), 2005 CF 890, par. 45).

[6] L'appel d'offres comportait deux étapes. Premièrement, selon la demande d'énoncés de compétences (« DEC »), les proposants étaient appelés à fournir des preuves des compétences, qualités et expériences des personnes clés de l'équipe de conception-construction qu'ils proposaient. À partir de ces renseignements, TP devait choisir les proposants invités à passer à l'étape suivante, soit la demande de proposition (la « DP »). Une fois les propositions reçues, TP devait les évaluer et adjuger le contrat au proposant retenu.

[7] The tendering documents supplied by PW at the SOQ stage indicated that proponents could bid on the contract alone or in conjunction with other entities as a joint venture. In the present case, the joint venture option was not pursued. No partnership or joint venture was entered into between Olympic and the appellants.

[8] Olympic submitted its reply to the SOQ on June 24, 1998. Olympic's SOQ documents identified the appellants as part of Olympic's design-build team, with the exception of the mechanical subcontractor, Canadian Process Services Inc.

[9] Four proponents were chosen to proceed to the RFP stage, among them Olympic and Westeinde Construction Ltd.

[10] Olympic submitted its reply to the RFP on August 12, 1998. The bid indicated that Olympic was the sole proponent. Olympic also posted the bond and the evidence of financial capability.

[11] PW awarded the contract to the non-compliant bidder, Westeinde. As a result, Olympic and the appellants commenced litigation against PW. On November 17, 2004, Olympic reached a settlement with PW and discontinued its action. The appellants continued with the litigation.

[12] For the purpose of the present litigation, the Court is to assume that the contract was awarded to a non-compliant bidder and that the contract should have been awarded to Olympic. PW reserves the right to argue otherwise at a later date without prejudice.

III. Judgments Below

A. *Federal Court of Canada* (2005), 275 F.T.R. 183, 2005 FC 890

[13] The trial judge, Mosley J., determined that PW owed a duty in tort, but not in contract, to the

[7] Selon les documents d'appel d'offres que TP a fournis à l'étape de la DEC, les proposants pouvaient soumissionner pour le contrat seuls ou en collaboration avec d'autres entités par le biais d'une coentreprise. L'option de la coentreprise n'a pas été retenue par les proposants en l'espèce. Olympic et les appelantes ne formaient pas un partenariat ni une coentreprise.

[8] Olympic a répondu à la DEC le 24 juin 1998. Les documents fournis par Olympic en réponse à la DEC indiquaient que les appelantes faisaient partie de son équipe de conception-construction, à l'exception de Canadian Process Services Inc., sous-traitant en mécanique.

[9] Quatre proposants, dont Olympic et Westeinde Construction Ltd., ont été retenus pour l'étape de la DP.

[10] Olympic a présenté sa réponse à la DP le 12 août 1998. La soumission indiquait qu'Olympic était l'unique proposant. Celle-ci a également versé le cautionnement et fourni une preuve de capacité financière.

[11] TP a adjugé le contrat au soumissionnaire qui a présenté une soumission non conforme, Westeinde. Olympic et les appelantes ont alors intenté une action contre TP. Le 17 novembre 2004, Olympic est parvenue à un règlement avec TP et s'est désistée de son action. Les appelantes ont maintenu l'action.

[12] Pour les besoins de la présente instance, la Cour tient pour acquis que le contrat a été attribué à un soumissionnaire ayant déposé une soumission non conforme et que c'est Olympic qui aurait dû obtenir le contrat. TP se réserve le droit de prétendre ultérieurement le contraire sans atteinte à ses droits.

III. Les jugements des instances inférieures

A. *Cour fédérale du Canada*, [2005] A.C.F. n° 1108 (QL), 2005 CF 890

[13] En première instance, le juge Mosley a estimé que TP avait engagé sa responsabilité délictuelle,

appellants. He held that there was no contractual privity between the appellants and PW. The trial judge's contractual findings were upheld by the Court of Appeal and are not challenged in this Court.

[14] Turning to tort, Mosley J. stated that it was clear that the recognition of liability in tort by owners to subcontractors in the tendering process is, as yet, an undeveloped area of the law, and there is little support for the appellants' position in the jurisprudence. Accordingly, the question was whether a new duty of care ought to be recognized.

[15] Mosley J. accepted the appellants' argument that it was reasonably foreseeable in the circumstances of this case that PW's issuing the contract to a non-compliant bidder would result in financial losses to the appellants. With respect to proximity, Mosley J. stated that notwithstanding his finding that Olympic and its team members did not enter into a formal joint venture, the process adopted by Olympic and the appellants in this case was analogous to a joint venture. Therefore, he found that "[PW's] requirements in the pre-qualification and tendering process created a relationship between [PW] and the [appellants] that meets the proximity standard" (para. 115).

[16] Mosley J. did not accept PW's contention that liability would be indeterminate, because of the "unique" design-build approach adopted by PW in the tendering process. In his view, the class of appellants and the scope of the liability were readily ascertainable.

[17] Mosley J. added the following:

> I conclude, therefore, that this is a case that cries out for a remedy. By reason of its close management of the participation of the plaintiffs in the tendering process, the defendant owed the plaintiffs a duty of care in tort not to award the contract to a non-compliant bidder.

mais non sa responsabilité contractuelle, envers les appelantes. Il a conclu à l'absence de lien contractuel entre les appelantes et TP. Les conclusions du juge de première instance en matière contractuelle, confirmées par la Cour d'appel, ne sont pas contestées devant la Cour.

[14] Abordant la question de la responsabilité délictuelle, le juge Mosley a affirmé que la reconnaissance de la responsabilité civile délictuelle des propriétaires envers les sous-traitants dans l'appel d'offres constituait manifestement une zone encore non explorée du droit et que la jurisprudence n'étayait guère la thèse des appelantes. Se posait donc la question de l'opportunité de reconnaître une nouvelle obligation de diligence.

[15] Le juge Mosley a accepté l'argument des appelantes selon lequel il était raisonnablement prévisible dans les circonstances de l'espèce que la décision de TP d'accorder le contrat à un soumissionnaire dont la soumission n'était pas conforme cause un préjudice financier aux appelantes. Quant au rapport de proximité, il a indiqué que malgré sa conclusion qu'Olympic et les membres de son équipe n'étaient pas officiellement constitués en coentreprise, le processus adopté par Olympic et les appelantes en l'espèce était analogue à une coentreprise. C'est pourquoi il a conclu que « les exigences de [TP] dans le processus de préqualification et d'appel d'offres ont créé, entre [TP] et les [appelantes], un lien qui satisfait à la norme de la proximité » (par. 115).

[16] Le juge Mosley a rejeté l'argument de TP que la responsabilité serait indéterminée en raison du caractère « unique » de l'approche conception-construction adoptée par TP dans l'appel d'offres. À son avis, on pouvait facilement définir la catégorie dont faisaient partie les appelantes ainsi que l'étendue de la responsabilité.

[17] Le juge Mosley a poursuivi en ces termes :

> Par conséquent, je conclus qu'il y a lieu d'accorder réparation en l'espèce. En raison de sa gestion étroite de la participation des demanderesses dans le processus d'appel d'offres, le défendeur avait envers les demanderesses, en vertu du droit de la responsabilité délictuelle,

Providing a remedy does not raise the risk of indeterminate liability because of the particular facts of this case. [para. 119]

B. *Federal Court of Appeal* (2006), 272 D.L.R. (4th) 361, 2006 FCA 260

[18] Sexton J.A., for the court, noted that the trial judge had made errors of mixed fact and law. Therefore, he could only interfere if those errors were palpable and overriding.

[19] Sexton J.A. stated that the trial judge had made a palpable and overriding error in concluding that PW had intended to create a form of "partnership" between itself and the successful design-build team. In Sexton J.A.'s view, the "partnering" session called for by the RFP "had nothing to do with [PW] partnering with design-build team members and everything to do with the efficient completion of the project" (para. 53). Sexton J.A. noted that there was a two-tier relationship: the first between PW and Olympic; the second between Olympic and the appellants. There was no direct relationship between the appellants and PW. Sexton J.A. accordingly concluded that the situation was not analogous to that of a joint venture.

[20] Turning to whether a new duty of care should be recognized in these circumstances, Sexton J.A. stated that several considerations went against a finding of proximity necessary to substantiate a new duty of care. First, given the two-tier relationship between the appellants and PW, the facts did not support a finding of proximity between the parties. Second, policy considerations negated imposing a duty of care, as the appellants were in an excellent position to protect themselves by forming a joint venture with Olympic or by submitting bids to other proponents. Accordingly, Sexton J.A. concluded that the relationship between PW and the appellants was not such as to justify a finding of a *prima facie* duty of care on PW.

l'obligation de ne pas accorder le contrat à un soumissionnaire non conforme. L'octroi d'une réparation n'entraîne pas le risque de la responsabilité indéterminée en raison des faits particuliers de l'espèce. [par. 119]

B. *Cour d'appel fédérale*, [2006] A.C.F. nº 1141 (QL), 2006 CAF 260

[18] Le juge Sexton a fait remarquer, au nom de la cour, que le juge de première instance avait commis des erreurs mixtes de fait et de droit. Il ne pouvait donc intervenir que si ces erreurs étaient manifestes et dominantes.

[19] Le juge Sexton a estimé que le juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante en concluant que TP avait eu l'intention de créer une forme de « partenariat » entre lui et l'équipe de conception-construction gagnante. À son avis, les séances de « partenariat » prévues par la DP « n'avaient rien d'un partenariat entre [TP] et les membres de l'équipe de conception-construction; elles ne visaient qu'à vérifier si le projet [était] mené à bien » (par. 53). Selon le juge Sexton, il y avait deux niveaux de rapports : le premier, entre TP et Olympic, et le second, entre Olympic et les appelantes. Il n'y avait aucun rapport direct entre les appelantes et TP. Le juge Sexton a donc conclu que la situation n'était pas analogue à une coentreprise.

[20] Quant à la question de savoir si les circonstances pouvaient donner lieu à la reconnaissance d'une nouvelle obligation de diligence, le juge Sexton a indiqué que plusieurs facteurs empêchaient de conclure à la proximité requise pour justifier une nouvelle obligation de diligence. Premièrement, compte tenu de l'existence d'un niveau intermédiaire entre les appelantes et TP, les faits ne permettaient pas de conclure à l'existence d'un rapport de proximité entre les parties. Deuxièmement, des considérations de politique générale empêchaient l'imposition d'une obligation de diligence puisque les appelantes étaient très bien placées pour se protéger, soit en se constituant en coentreprise avec Olympic, soit en faisant des offres à d'autres proposants. Le juge Sexton a donc décidé que les rapports entre TP et les appelantes n'étaient pas suffisamment étroits pour permettre de conclure que TP était tenu à une obligation de diligence *prima facie*.

[21] The Court of Appeal also held that the trial judge had made a palpable and overriding error by overestimating the alleged "uniqueness" of this tendering process.

IV. Analysis

A. *The Framework for Determining Duty of Care*

[22] It is agreed between the parties that Canadian jurisprudence has as yet not recognized a duty of care between an owner and subcontractors. The issue is whether it should.

[23] In *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60, at para. 108, this Court left the door open to a duty of care arising between subcontractors and an owner:

> Finally, we note that Desjardins J.A. relied on two cases to support the view that a duty to treat all bidders fairly and equally has been recognized in the context of tort claims. However, we note that both cases have subsequently been reversed by appellate courts: *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), rev'd (1999), 43 C.L.R. (2d) 275 (Ont. C.A.); *Ken Toby Ltd. v. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263 (S.C.), rev'd (1999), 62 B.C.L.R. (3d) 308 (C.A.). In addition, reliance in tort was necessary because both cases involved situations where a subcontractor sought redress against the tender calling authority who had received bids from the general contractor. Since there was no privity of contract between the subcontractor and the owner, liability could only be founded in tort. In both cases, the appellate courts refrained from deciding whether or not a duty of care was owed in such situations, and preferred to limit their decisions to the fact that a breach could not be established. We believe that the issue of whether a duty of care can arise between a subcontractor and an owner must be left to a case in which it arises. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

This is such a case.

[24] The general principles applicable when determining whether a duty of care exists have

[21] La Cour d'appel a également conclu que le juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante en surestimant le caractère censé « unique » de l'appel d'offres en cause.

IV. Analyse

A. *Le cadre permettant de déterminer l'existence d'une obligation de diligence*

[22] Les parties s'entendent pour dire que la jurisprudence canadienne ne reconnaît pas à ce jour l'existence d'une obligation de diligence entre propriétaire et sous-traitants. Le litige porte sur l'opportunité d'une telle reconnaissance.

[23] Dans *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60, par. 108, la Cour a laissé en suspens la question de savoir s'il pourrait exister une obligation de diligence entre sous-traitants et propriétaire :

> Enfin, le juge Desjardins invoque deux décisions à l'appui de sa conclusion selon laquelle l'existence d'une obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité a été reconnue dans le contexte de recours fondés sur la responsabilité civile délictuelle. Or, ces deux décisions ont été infirmées en appel : *Twin City Mechanical c. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (C. Ont. (Div. gén.)), inf. par (1999), 43 C.L.R. (2d) 275 (C.A. Ont.); *Ken Toby Ltd. c. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263 (C.S.), inf. par (1999), 62 B.C.L.R. (3d) 308 (C.A.). De plus, l'application du droit de la responsabilité civile délictuelle s'imposait, car dans les deux cas, un sous-traitant demandait un redressement contre l'administration adjudicative qui avait reçu des soumissions de l'entrepreneur général. Comme il n'y avait pas de lien contractuel entre le sous-traitant et le propriétaire, la responsabilité ne pouvait être que délictuelle. Dans les deux affaires, la cour d'appel s'est abstenue de trancher la question de savoir s'il existait ou non une obligation de diligence en pareils cas et elle s'est contentée de statuer qu'aucun manquement ne pouvait être établi. Nous croyons que la question de savoir s'il peut exister une obligation de diligence entre un sous-traitant et un propriétaire devra être tranchée plus tard, lorsque les circonstances d'une affaire s'y prêteront. [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

Nous sommes en présence d'une telle affaire.

[24] La Cour a analysé dans plusieurs de ses arrêts les principes généraux qui s'appliquent lorsqu'il

been analyzed by this Court in a series of decisions. See for example *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69; *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18.

[25] As McLachlin C.J. wrote in *Childs*, at para. 9, the question to be wrestled with is how to define the persons to whom the duty is owed. As she explained in para. 10, with reference to *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), proximity remains the foundation of the modern law of negligence. A legal duty extends to my "neighbour". And legal neighbourhood is "restricted" to "persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question" (*Donoghue*, at p. 580, *per* Lord Atkin).

[26] Proximity has generally been understood in the context of an overt act that directly causes physical loss to a plaintiff (A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8th ed. 2006), at p. 304). However, the notion of proximity has been extended to cover certain limited circumstances in which a defendant, without causing a plaintiff to suffer personal injury or property damage, did cause financial loss to the plaintiff. Further, Canadian law recognizes that new categories where a duty of care is recognized may be established by application of the analysis set out in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

[27] However, as stated in *Childs*, at para. 15, before determining if a new duty of care should be recognized, it must first be determined whether the present situation fits within, or is analogous to, a relationship previously recognized as having a duty of care between the parties. If it does, a duty of care will be established. By first determining whether the situation fits within or is analogous to

s'agit de déterminer l'existence d'une obligation de diligence. Voir par exemple : *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69; *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18.

[25] Comme l'écrit la juge en chef McLachlin dans *Childs*, par. 9, la question avec laquelle nous sommes aux prises est de savoir de quelle façon on peut déterminer les personnes qui bénéficient de cette obligation. Elle explique au par. 10, en renvoyant à l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), que la proximité demeure le fondement du droit moderne de la négligence. L'obligation juridique s'étend à mon [TRADUCTION] « prochain ». Et mon prochain en droit est [TRADUCTION] « restreint » aux « personnes qui sont touchées de si près et si directement par mon acte que je devrais raisonnablement prévoir qu'elles seront ainsi touchées lorsque je réfléchis aux actes ou omissions qui sont mis en question » (*Donoghue*, p. 580, lord Atkin).

[26] On reconnaît généralement qu'il y a proximité lorsqu'un acte manifeste cause directement des pertes matérielles au demandeur (A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8e éd. 2006), p. 304). On a toutefois élargi la notion de proximité pour l'appliquer à certaines circonstances précises où le défendeur, sans causer au demandeur aucun préjudice à sa personne ou à ses biens, lui a néanmoins fait subir des pertes financières. En outre, le droit canadien reconnaît la possibilité d'établir de nouvelles catégories donnant naissance à une obligation de diligence en appliquant l'analyse exposée dans *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

[27] Cependant, comme l'a indiqué la Cour dans *Childs*, par. 15, avant de décider s'il y a lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence, il faut d'abord établir si la situation donnée entre dans une catégorie de rapports déjà reconnus comme donnant naissance à une obligation de diligence entre les parties, ou si elle présente une analogie avec cette catégorie. Si c'est le cas, l'obligation

a previously recognized category, the analysis otherwise required by *Anns* is avoided.

B. *Does This Claim Fall Within a Recognized Duty of Care*

[28] *The Queen in right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111, first established the "Contract A/ Contract B" analysis for tendering processes. Under this approach, "Contract A" is formed once the proponent submits its bid to the owner. "Contract B" comes into being once the owner awards the contract to the successful bidder. Here, the trial judge found, at para. 99, that there was clearly a "Contract A" between Olympic and PW. PW does not dispute this finding.

[29] As developed in *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, and *Martel*, "Contract A" can impose certain implied terms on the owner such as the obligation to treat all bidders fairly and equally, as well as the obligation to only accept compliant bids. In this case, PW breached its "Contract A" with Olympic by awarding "Contract B" to a non-compliant bidder. This breach affected the appellants since their opportunity to recoup the costs of preparing their bids and their opportunity for profit from participating in the construction project depended on Olympic being awarded "Contract B".

[30] The appellants' costs and lost opportunity for profit were solely financial in nature. They were not causally connected to physical injury to their persons or physical damage to their property. As such, they qualify as pure economic losses (*D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071, at para. 13; *Martel*, at para. 34; Linden and Feldthusen, at pp. 441-43).

[31] In *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at

de diligence sera établie. En décidant d'abord si la situation relève d'une catégorie déjà reconnue, ou si elle présente une analogie avec celle-ci, il n'est pas nécessaire de procéder à l'analyse préconisée dans l'arrêt *Anns*.

B. *La présente action relève-t-elle d'une obligation de diligence reconnue?*

[28] L'arrêt *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111, a le premier établi l'analyse dite « contrat A/contrat B » pour les appels d'offres. Selon cette méthode, le « contrat A » est formé au moment où le proposant présente sa soumission au propriétaire. Le « contrat B » naît quant à lui au moment où le propriétaire adjuge le contrat au soumissionnaire retenu. En l'espèce, le juge de première instance a conclu qu'un « contrat A » avait clairement été formé entre Olympic et TP (par. 99), conclusion que TP ne conteste pas.

[29] Selon l'analyse suivie dans *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, et *Martel*, le « contrat A » peut imposer au propriétaire certaines conditions implicites, telles l'obligation de traiter les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité, ainsi que l'obligation de n'accepter que les soumissions conformes. En l'espèce, TP a violé le « contrat A » qui le liait à Olympic en adjugeant le « contrat B » à un soumissionnaire qui a présenté une soumission non conforme. Cette violation a eu une incidence sur les appelantes puisque la possibilité de récupérer les frais engagés pour la préparation de leurs soumissions et de retirer des bénéfices de leur participation au projet de construction dépendait de l'adjudication du « contrat B » à Olympic.

[30] Les frais et la perte de l'occasion de réaliser des profits qu'ont supportés les appelantes sont d'ordre uniquement financier. Ils ne découlaient aucunement d'un préjudice corporel ou matériel. À ce titre, il s'agit donc de pertes purement financières (*D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071, par. 13; *Martel*, par. 34; Linden et Feldthusen, p. 441-443).

[31] Dans *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1

p. 1049, La Forest J. recognized five different categories of negligence claims for which a duty of care has been found with respect to pure economic losses:

1. The Independent Liability of Statutory Public Authorities;
2. Negligent Misrepresentation;
3. Negligent Performance of a Service;
4. Negligent Supply of Shoddy Goods or Structures;
5. Relational Economic Loss.

See also B. Feldthusen, "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at pp. 357-58; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85, at para. 12; *D'Amato*, at para. 30; *Martel*, at para. 38. As explained in *Martel*, at para. 45: "The reason for the broader five categories is merely to provide greater structure to a diverse range of factual situations by grouping together cases that raise similar policy concerns. These categories are merely analytical tools."

[32] The appellants' economic losses do not fall within the first four categories. This case obviously does not involve a negligent misrepresentation, a negligent performance of services or a negligent supply of shoddy goods or structures. Neither is this a case of independent liability of statutory public authorities, which deals with the government's "unique public power to convey certain discretionary benefits, such as the power to enforce by-laws, or to inspect homes or roadways" (Feldthusen, at p. 358). Here, the government is not inspecting, granting, issuing or enforcing something mandated by law. Instead, the present situation is akin to commercial dealings between private parties, not the exercise of unique government power.

R.C.S. 1021, p. 1049, le juge La Forest a reconnu cinq catégories différentes de réclamations pour négligence dans lesquelles une obligation de diligence est imposée à l'égard de pertes purement financières :

1. La responsabilité indépendante des autorités publiques légales;
2. La déclaration inexacte faite par négligence;
3. La prestation négligente d'un service;
4. La fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité;
5. La perte économique relationnelle.

Voir également B. Feldthusen, « Economic Loss in the Supreme Court of Canada : Yesterday and Tomorrow » (1990-1991), 17 *Rev. can. dr. comm.* 356, p. 357-358; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85, par. 12; *D'Amato*, par. 30; *Martel*, par. 38. Comme l'a expliqué la Cour dans *Martel*, par. 45 : « La raison d'être des cinq catégories générales est simplement de prévoir un cadre plus large adapté à une gamme variée de situations factuelles en regroupant les cas qui soulèvent des questions de principe semblables. Il ne s'agit en somme que d'outils d'analyse. »

[32] Les pertes financières qu'ont subies les appelantes n'entrent pas dans les quatre premières catégories. Il ne s'agit manifestement pas en l'espèce d'une affaire concernant une déclaration inexacte faite par négligence, ni de la prestation négligente d'un service, ni de la fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité. Il ne s'agit pas non plus d'une affaire concernant la responsabilité indépendante des autorités publiques légales et mettant en cause [TRADUCTION] « le pouvoir public exclusif [qu'a le gouvernement] d'accorder certains avantages discrétionnaires, tel le pouvoir d'appliquer des règlements ou de faire l'inspection de résidences ou de routes » (Feldthusen, p. 358). En l'espèce, le gouvernement ne fait pas une inspection, il ne n'accorde pas, ne délivre pas ou n'applique pas quelque chose que la loi prescrit. Nous sommes plutôt en présence d'opérations commerciales entre parties privées et non de l'exercice d'un pouvoir gouvernemental exclusif.

[33] This leaves relational economic loss as the only preexisting duty of care category within which the appellants' claims could possibly fall. Linden and Feldthusen, at p. 477, define relational economic loss as a situation in which "the defendant negligently causes personal injury or property damage to a third party. The plaintiff suffers pure economic loss by virtue of some relationship, usually contractual, it enjoys with the injured third party or the damaged property."

[34] The appellants do not fit within the relational economic loss category because no property of Olympic was actually damaged in this case. From its origin, relational economic loss has always stemmed from injury or property damage to a third party.

[35] The reason appears to be that physical damage tends "to ensure a reassuringly proximate nexus between tortious act and recoverable damage" (*Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227 (H.C.), at p. 255). This is not to say that in the development of new categories under the *Anns* test, physical injury or property damage would necessarily be a requirement to justify a finding of proximity. However, insofar as the existing category of relational economic loss is concerned, injury or property damage to a third party has been a requirement.

[36] In *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), the Greystoke Castle, a ship, had to be put into dry dock for repairs after it collided with another ship, the Cheldale. The cargo owners of the Greystoke Castle were able to recover from the owners of the Cheldale some of the general average expenditures incurred from the discharging and reloading of their cargo while the Greystoke Castle was in dry dock.

[37] In *Caltex*, a dredge damaged an underwater pipeline that was providing petroleum from a refinery to an oil terminal across the bay. As a result, the pipeline was no longer able to carry petroleum to the terminal. Although the pipeline was owned by

[33] Reste la perte financière relationnelle, seule catégorie d'obligation de diligence préexistante dont pourraient relever les demandes d'indemnisation des appelantes. Linden et Feldthusen ont défini la perte financière relationnelle comme une situation où [TRADUCTION] « le défendeur cause par sa négligence un préjudice corporel ou matériel à un tiers. Le demandeur subit des pertes purement financières en raison d'un lien, normalement contractuel, qu'il a avec le tiers lésé ou le bien endommagé » (p. 477).

[34] Le recours des appelantes n'entre pas dans la catégorie de la perte financière relationnelle parce qu'Olympic n'a subi en l'espèce aucun dommage matériel. La perte financière relationnelle a, depuis son origine, toujours découlé d'un préjudice corporel ou matériel causé à un tiers.

[35] Cela paraît s'expliquer du fait que le dommage matériel tend [TRADUCTION] « à établir un lien suffisamment étroit entre le délit et le dommage » (*Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge « Willemstad »* (1976), 11 A.L.R. 227 (H.C.), p. 255). Cela ne veut pas dire que pour établir de nouvelles catégories selon le critère énoncé dans *Anns*, le préjudice corporel ou matériel serait nécessaire pour justifier une conclusion de proximité. Toutefois, pour ce qui est de la catégorie actuelle de la perte financière relationnelle, un préjudice corporel ou matériel doit avoir été subi par un tiers.

[36] Dans *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), le Greystoke Castle, un navire, entré en collision avec le Cheldale, un autre navire, avait dû être mis en cale sèche pour réparation. Les propriétaires de la cargaison que transportait le Greystoke Castle ont pu recouvrer auprès des propriétaires du Cheldale certaines avaries-frais attribuables au déchargement et au rechargement de leur cargaison pendant que le Greystoke Castle se trouvait en cale sèche.

[37] Dans l'affaire *Caltex*, un dragueur avait endommagé un pipeline sous-marin qui transportait du pétrole d'une raffinerie jusqu'à un terminal pétrolier de l'autre côté de la baie. Le pipeline ne pouvait alors plus servir au transport du pétrole

the refinery, the oil terminal was able to recover the cost of arranging alternative means of transportation of the petroleum from the owners of the dredge and from the company which had plotted the inaccurate navigation chart for the dredge.

[38] In *Norsk*, a barge damaged a railway bridge owned by Public Works Canada but primarily used by Canadian National Railway Company ("CN"). As a result, CN's trains had to be rerouted, incurring additional expenses. CN recovered these costs from the owners of the barge.

[39] In all of the above cases, damage to a third party's property led to the financial losses of the plaintiffs and these losses were recoverable in negligence. Here, we are dealing with the award of a bid to a non-compliant bidder, which constitutes a breach of "Contract A" between PW and a third party, Olympic. Granted, the breach of contract by PW resulted in the appellants' being unable to recoup the costs of preparing the bid and the loss of an opportunity to profit from participating in the construction project. But the breach of Olympic's contractual rights arising out of "Contract A" cannot be interpreted as damage to Olympic's property. As explained in *Anson's Law of Contract* (28th ed. 2002), at p. 24:

> The law of obligations must be distinguished from the law of property which governs the acquisition of the rights persons have in things, which may be land or moveables, and may be a tangible physical object or an intangible, such as a debt, shares in a company or a patent. Whereas a person's property right in a thing is generally valid against the whole world, the rights under the law of obligations, including contract, are personal and valid only against a specific person or persons.

Or explained another way by S. J. Hepburn in *Principles of Property Law* (2nd ed. 2001), at p. 21:

> In order to establish a proprietary interest it must be proven that the holder has an enforceable, *in rem* right

jusqu'à cet endroit. Il appartenait à la raffinerie, mais le terminal pétrolier a pu recouvrer les frais du transport du pétrole auprès des propriétaires du dragueur et de la société ayant fourni la carte de navigation inexacte au dragueur.

[38] Dans *Norsk*, un chaland avait endommagé un pont ferroviaire dont Travaux publics Canada était propriétaire mais dont la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (« CN ») était le principal utilisateur. De ce fait, les trains du CN avaient dû être déroutés, ce qui avait occasionné des dépenses supplémentaires. Le CN a recouvré ces frais auprès des propriétaires du chaland.

[39] Dans toutes les affaires susmentionnées, les dommages causés aux biens des tiers ont occasionné des pertes financières aux demandeurs, et ces pertes ouvraient droit à une indemnisation pour négligence. Or, il est question en l'espèce de l'adjudication d'un contrat à un soumissionnaire dont la soumission n'était pas conforme, ce qui constitue une rupture du « contrat A » entre TP et un tiers, Olympic. Certes, du fait de la rupture du contrat par TP, les appelantes n'ont pu récupérer les frais engagés pour la préparation de leurs soumissions et n'ont pas eu la possibilité de retirer des bénéfices de leur participation au projet. Toutefois, l'atteinte aux droits contractuels d'Olympic qui découlent du « contrat A » ne saurait être interprétée comme constituant un dommage aux biens d'Olympic. Comme il est expliqué dans *Anson's Law of Contract* (28e éd. 2002), p. 24 :

> [TRADUCTION] Il faut faire une distinction entre le droit des obligations et le droit des biens, lequel régit l'acquisition des droits sur les choses, qu'il s'agisse de bien-fonds ou de biens meubles, d'objets matériels ou immatériels, par exemple une dette, des actions ou un brevet. Le droit de propriété est généralement opposable universellement, tandis que les droits issus du droit des obligations, tels les droits contractuels, sont de nature personnelle et ne sont opposables qu'à une ou plusieurs personnes en particulier.

Voici une explication différente que donne S. J. Hepburn dans *Principles of Property Law* (2e éd. 2001), p. 21 :

> [TRADUCTION] Pour établir l'existence d'un droit de propriété, il faut prouver que le titulaire possède sur une

to exclude the rest of the world; it is this right alone which distinguishes *in rem* rights from other enforceable legal rights. Contractual rights are not enforceable against the rest of the world; they are only enforceable against the parties to the contract and are therefore *in personam* in nature. Contracts which deal with land or personal property may confer similar rights of use and enjoyment; however, without the right to exclude, such rights will only be *in personam*.

[40] The rights arising out of "Contract A" between Olympic and PW are not *in rem* rights meant to exclude the rest of the world. "Contract A" only imposed *in personam* obligations between PW and Olympic. Since "Contract A" is not property, no property was damaged. Because no property was damaged, the appellants' claims do not fall within the existing category of relational economic loss.

[41] At paras. 114-15, the trial judge concluded that there was sufficient proximity between PW and the appellants because the relationship between Olympic and the appellants was analogous to a joint venture. (The Court of Appeal appears to have thought that the trial judge contemplated a joint venture involving PW as well as Olympic and the appellants. On my reading of his reasons, I think the trial judge was only referring to a joint venture between Olympic and the appellants.) He based this finding on para. 36 of *Cooper*, which lists preexisting categories where proximity has already been recognized and which stipulates that "[w]hen a case falls within one of these situations or an analogous one and reasonable foreseeability is established, a *prima facie* duty of care may be posited."

[42] It seems that the trial judge believed that a joint venture or a relationship analogous to a joint venture was in and of itself a category where proximity had already been recognized. It is not. The only recognized category that involves joint venture is the relational economic loss category "where the relationship between the claimant and the property owner constitutes a joint venture" (*Cooper*, at para. 36). However, there must be damage to the property of the third party. Absent such damage, a

chose un droit opposable universellement; c'est ce droit universel qui distingue les droits réels de tout autre droit opposable. Les droits contractuels ne sont pas universellement opposables; ils ne le sont qu'à l'égard des parties au contrat et sont donc de nature personnelle. Les contrats qui visent un bien-fonds ou un bien meuble peuvent conférer des droits similaires d'usage et de jouissance; cependant, s'ils ne sont pas universellement opposables, ces droits seront de nature simplement personnelle.

[40] Les droits découlant du « contrat A » entre Olympic et TP ne sont pas des droits réels universellement opposables. Le « contrat A » n'imposait entre TP et Olympic que des obligations de nature personnelle. Le « contrat A » n'étant pas un bien, il n'y a pas de préjudice matériel. Et faute de préjudice matériel, les appelantes ne peuvent fonder leur recours sur la catégorie déjà reconnue de la perte financière relationnelle.

[41] Aux paragraphes 114-115, le juge de première instance a conclu à l'existence d'un lien suffisamment étroit entre TP et les appelantes parce que la relation entre Olymipc et les appelantes s'apparentait à une coentreprise. (D'après la Cour d'appel, le juge de première instance aurait considéré que TP participait à une coentreprise aux côtés d'Olympic et des appelantes. Or, selon moi, le juge de première instance parlait simplement d'une coentreprise entre Olympic et les appelantes.) Sa conclusion est fondée sur le par. 36 de *Cooper*, qui énumère les catégories préexistantes où le rapport de proximité est déjà reconnu, en précisant que « [l]orsqu'une affaire constitue l'un de ces cas ou un cas analogue et que la prévisibilité raisonnable est établie, on peut affirmer l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*. »

[42] Le juge de première instance semble avoir estimé qu'une coentreprise ou un lien analogue à une coentreprise constitue, en soi, une catégorie où la proximité a déjà été reconnue. Ce n'est pas le cas. La seule catégorie reconnue impliquant une coentreprise est celle de la perte financière relationnelle « où le lien entre le demandeur et le propriétaire du bien est une entreprise commune » (*Cooper*, par. 36). Or, un dommage doit avoir été causé au bien du tiers. En l'absence d'un tel dommage, le fait de

finding of joint venture or situation analogous to a joint venture does not bring the claimant within the relational economic loss category.

[43] The trial judge should have first considered whether there was property damage suffered by Olympic. In not doing so, he erred in law. Had he done so, he would have found that the claim did not fit within the relational economic loss category because there was no property damage suffered by Olympic.

[44] I conclude that the appellants' claims do not fall within a preexisting category in which a duty of care has been recognized.

C. *Should a New Duty of Care Be Recognized?*

[45] Having found that the present situation does not fit within one of the five preexisting categories of pure economic loss, it is necessary to assess whether a new category of pure economic loss should nonetheless be established, specifically a new duty of care between an owner and subcontractors. This requires the analysis mandated in *Anns*.

[46] The *Anns* test was recently described by this Court in *Childs*, at para. 11:

> In *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), Lord Wilberforce proposed a two-part test for determining whether a duty of care arises. The first stage focuses on the relationship between the plaintiff and the defendant, and asks whether it is close or "proximate" enough to give rise to a duty of care (p. 742). The second stage asks whether there are countervailing policy considerations that negative the duty of care. The two-stage approach of *Anns* was adopted by this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at pp. 10-11, and recast as follows:
>
> (1) is there "a sufficiently close relationship between the parties" or "proximity" to justify imposition of a duty and, if so,

conclure qu'il s'agit d'une coentreprise ou d'une situation analogue à une coentreprise ne suffit pas pour que le demandeur puisse se réclamer de la catégorie de la perte financière relationnelle.

[43] Le juge de première instance aurait d'abord dû examiner si Olympic a subi des dommages matériels. Il a commis une erreur de droit en omettant de le faire. S'il avait procédé à cet examen, il aurait constaté que la demande d'indemnisation n'entre pas dans la catégorie de la perte financière relationnelle parce qu'Olympic n'a subi aucun dommage matériel.

[44] Je conclus que les demandes d'indemnisation des appelantes ne relèvent pas d'une catégorie préexistante dans laquelle une obligation de diligence a été reconnue.

C. *Y a-t-il lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence?*

[45] Puisque j'ai conclu que la présente affaire ne relève pas de l'une des cinq catégories déjà reconnues de pertes purement financières, il est nécessaire d'examiner si une nouvelle catégorie devrait néanmoins être établie, plus précisément s'il y a lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence entre propriétaire et sous-traitants. Un tel examen commande l'analyse prescrite dans l'arrêt *Anns*.

[46] Dans *Childs*, par. 11, la Cour a récemment décrit ainsi le critère énoncé dans *Anns* :

> Dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), lord Wilberforce a proposé un critère en deux volets permettant de déterminer s'il existe une obligation de diligence. Le premier volet met l'accent sur le lien entre le demandeur et le défendeur et consiste à se demander s'il est suffisamment étroit ou [TRADUCTION] « proche » pour donner naissance à une obligation de diligence (p. 742). Le second volet consiste à décider s'il existe des considérations de politique générale dominantes susceptibles d'écarter l'obligation de diligence. Dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, p. 10-11, cette Cour a adopté la démarche en deux étapes de l'arrêt *Anns* et l'a reformulée de la façon suivante :
>
> (1) y a-t-il un lien « suffisamment étroi[t] entre les parties » ou un rapport de « proximité » justifiant l'imposition d'une obligation, et dans l'affirmative,

(2) are there policy considerations which ought to negative or limit the scope of the duty, the class of persons to whom it is owed or the damages to which breach may give rise?

[47] In essence, if a *prima facie* duty of care is found at the first stage of the *Anns* test and there are no residual policy concerns negating the creation of that duty at the second stage, then a new category of duty is recognized.

1. First Stage of the *Anns* Test

[48] The analytical process for the appellants to establish that there is a close and direct relationship between the parties and thus that there is a *prima facie* duty of care is explained by McLachlin C.J. and Major J. at para. 30 of *Cooper*:

> At the first stage of the *Anns* test, two questions arise: (1) was the harm that occurred the reasonably foreseeable consequence of the defendant's act? and (2) are there reasons, notwithstanding the proximity between the parties established in the first part of this test, that tort liability should not be recognized here? The proximity analysis involved at the first stage of the *Anns* test focuses on factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant. These factors include questions of policy, in the broad sense of that word. If foreseeability and proximity are established at the first stage, a *prima facie* duty of care arises. [Emphasis deleted.]

(a) *Reasonable Foreseeability*

[49] The usual indication of proximity is foreseeability. Here, the trial judge found that it was reasonably foreseeable that the award of the contract to a non-compliant bidder would result in financial losses for the appellants (para. 110). At the Court of Appeal, PW conceded reasonable foreseeability of harm (para. 48). In this Court, PW does not resile from that concession. However, "[f]oreseeability does not of itself, and automatically, lead to the conclusion that there is a duty of care": G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (2nd ed. 2002), at p. 320.

(2) existe-t-il des considérations de politique générale exigeant de restreindre ou de rejeter la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

[47] Essentiellement, si l'on conclut à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* à la première étape du critère de l'arrêt *Anns* et qu'aucune autre considération de politique générale n'écarte la création de cette obligation à la seconde étape, une nouvelle catégorie d'obligation est alors reconnue.

1. Première étape du critère de l'arrêt *Anns*

[48] Dans *Cooper*, par. 30, la juge en chef McLachlin et le juge Major expliquent le processus analytique qui permettrait aux appelantes d'établir l'existence d'un lien étroit et direct entre les parties et, par conséquent, d'une obligation de diligence *prima facie* :

> À la première étape du critère de l'arrêt *Anns*, deux questions se posent : (1) le préjudice subi était-il la conséquence prévisible de l'acte du défendeur; (2) malgré la proximité des parties qui a été établie dans la première partie de ce critère, existe-t-il des motifs pour lesquels la responsabilité délictuelle ne devrait pas être engagée en l'espèce? L'analyse relative à la proximité que comporte la première étape du critère de l'arrêt *Anns* met l'accent sur les facteurs découlant du lien existant entre la demanderesse et le défendeur. Ces facteurs comprennent des questions de politique, ce terme étant pris dans son sens large. Si l'on fait la preuve de la prévisibilité et de la proximité à la première étape, il y a une obligation de diligence *prima facie*. [Soulignement omis.]

a) *Prévisibilité raisonnable*

[49] L'indice habituel du lien de proximité est la prévisibilité. En l'espèce, le juge de première instance a conclu qu'il était raisonnablement prévisible que l'adjudication du contrat à un soumissionnaire dont la soumission n'était pas conforme entraînerait une perte financière pour les appelantes (par. 110). En Cour d'appel, TP a reconnu la prévisibilité raisonnable du préjudice (par. 48). Devant notre Cour, TP ne s'est pas rétracté. Toutefois, [TRADUCTION] « la prévisibilité n'amène pas, ni en soi ni automatiquement, à conclure qu'il existe une obligation de diligence » : G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (2e éd. 2002), p. 320.

(b) *Other Considerations Relevant to Proximity*

[50] At para. 34 of *Cooper*, McLachlin C.J. and Major J. considered several factors for evaluating the closeness of the relationship between the parties in order to determine whether it was just and fair to find a duty of care:

> Defining the relationship may involve looking at expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved. Essentially, these are factors that allow us to evaluate the closeness of the relationship between the plaintiff and the defendant and to determine whether it is just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law upon the defendant.

[51] From the perspective of the appellants, several factors seemed to have led them to believe that their relationship with PW was closer than in the usual owner/subcontractor situation. PW was not only selecting a design-builder but also a design-building team. Information on the respective roles and experience of the appellants had to be provided to PW at the SOQ stage. The selection process for choosing the four proponents to advance to the RFP stage was heavily reliant on the ability of the proponent's team. At least 70 of the 150 points for the SOQ evaluation were directed at the team members' ability to do the work individually and as a team. Also, the design-build team members and their key personnel could not be substituted without the express advance written consent of PW. In addition, the appellants had to attend a "partnering" session with PW's project manager.

[52] Further, the appellants expended considerable time and energy preparing their bids. In so doing, they relied on PW's documentation and representations which implied a fair methodology in the selection process of the bids. The appellants were reliant on PW respecting the "Contract A" between itself and Olympic. Any breach of "Contract A" directly affected the appellants since they were not to be compensated for their work in preparing the RFP

b) *Autres considérations pertinentes quant au lien de proximité*

[50] Dans *Cooper*, par. 34, la juge en chef McLachlin et le juge Major ont tenu compte de plusieurs facteurs dans l'évaluation de l'étroitesse du lien entre les parties pour déterminer s'il était juste et équitable de conclure à l'existence d'une obligation de diligence :

> La détermination du lien peut supposer l'examen des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et d'autres intérêts en jeu. Il s'agit essentiellement de facteurs nous permettant d'évaluer à quel point le lien entre le demandeur et le défendeur est étroit et de déterminer si, vu ce lien, il est juste et équitable en droit d'imposer une obligation de diligence au défendeur.

[51] Plusieurs facteurs semblent avoir incité les appelantes à croire que le lien qu'elles avaient avec TP était plus étroit que celui qui existe normalement entre propriétaire et sous-traitants. TP choisissait non seulement un concepteur-constructeur, mais aussi une équipe de conception-construction. TP exigeait qu'à l'étape de la DEC lui soient fournis des renseignements concernant les fonctions et l'expérience respectives des appelantes. La sélection des quatre candidats devant être retenus pour passer à l'étape de la DP dépendait dans une grande mesure des compétences de l'équipe du proposant. Pas moins de 70 des 150 points de l'évaluation de la DEC portaient sur la capacité des membres de l'équipe à accomplir le travail individuellement et en équipe. De plus, les membres de l'équipe de conception-construction et les membres clés de leur personnel ne pouvaient être remplacés sans le consentement préalable écrit et exprès de TP. Les appelantes devaient également assister à une séance de « partenariat » avec le gérant de projet de TP.

[52] En outre, les appelantes ont consacré beaucoup de temps et d'énergie à la préparation de leurs soumissions. Ce faisant, elles se sont fondées sur les documents et les déclarations émanant de TP, lesquels laissaient supposer l'existence d'une méthode équitable de sélection des soumissions. Elles comptaient sur TP pour respecter le « contrat A » le liant à Olympic. La rupture du « contrat A » les touchait directement, car elles ne devaient recevoir

unless Olympic was awarded the bid. Given that the tendering process required significant effort and that only the team selected would be rewarded, the appellants expected the selection process to be fair (trial reasons, at para. 62).

[53] Although the factors above are the type of factors that one would expect to find in a proximate relationship, as explained in *Cooper*, at the first stage of the *Anns* test the Court must also examine whether there are any policy considerations specific to the parties such that tort liability should not be recognized.

[54] Linden and Feldthusen, at p. 444, indicate that when assessing proximity in the context of a pure economic loss, "[i]t may also be relevant whether the plaintiff had an opportunity to protect itself by contract from the risk of economic loss and declined to do so." This reflects Justice La Forest's caution in *Norsk*, at p. 1116, that "the plaintiff's ability to foresee and provide for the particular damage in question is a key factor in the proximity analysis".

[55] Importantly, the SOQ documents provided an opportunity for a general contractor and its subcontractors to submit their bid as a "joint venture proponent". Section 3(1) of the SOQ reads:

> While there is no requirement for firms to participate in this procurement in joint venture, firms may elect to do so if they see fit.

Olympic and the appellants did not choose the joint venture option. Therefore, Olympic was the only one submitting the bid and thus the only one with which PW formed a "Contract A". (Before this Court, the appellants did not argue that they were parties to the "Contract A" between PW and Olympic.)

[56] The fact that the appellants had the opportunity to form a joint venture, and thereby be

aucune rétribution pour le travail consacré à la préparation de la DP à moins que la soumission d'Olympic ne soit retenue. Comme la procédure d'appel d'offres exigeait un travail considérable et que seule l'équipe retenue recevrait une rétribution, les appelantes s'attendaient à ce que la sélection soit équitable (motifs du jugement de première instance, par. 62).

[53] Bien que les facteurs susmentionnés tiennent de ceux qu'on s'attendrait à retrouver dans une situation de proximité, comme il est expliqué dans *Cooper*, la Cour doit également examiner, à la première étape du critère de l'arrêt *Anns*, si des considérations de politique générale s'attachant spécifiquement aux parties empêchent la reconnaissance de la responsabilité délictuelle.

[54] Selon les auteurs Linden et Feldthusen, lorsqu'il s'agit d'apprécier le lien de proximité dans le contexte de la perte purement financière, [TRADUCTION] « [i]l peut aussi être pertinent de savoir si le demandeur a eu la possibilité de se protéger par contrat contre le risque de perte financière et ne s'en est pas prévalu » (p. 444). Cela rejoint la mise en garde du juge La Forest dans *Norsk*, p. 1116, à savoir que « la capacité du demandeur de prévoir le dommage particulier et d'y parer est un facteur clé dans l'analyse du lien étroit ».

[55] Point important à souligner, les documents concernant la DEC offraient à l'entrepreneur général et à ses sous-traitants la possibilité de présenter leur soumission « dans le cadre d'une coentreprise ». Le paragraphe 3(1) de la DEC stipule :

> [TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire de constituer une coentreprise pour participer à ce marché, mais les entreprises peuvent le faire si elles le jugent opportun.

Olympic et les appelantes n'ont pas retenu cette option. Olympic a donc été la seule à présenter la soumission et, donc, la seule avec qui TP a formé le « contrat A ». (Devant la Cour, les appelantes n'ont pas plaidé qu'elles étaient parties au « contrat A » entre TP et Olympic.)

[56] Le fait que les appelantes aient eu la possibilité de former une coentreprise, et d'être ainsi parties

parties to the "Contract A" made between PW and Olympic, is an overriding policy reason that tort liability should not be recognized in these circumstances. Allowing the appellants to sidestep the circumstances they participated in creating and make a claim in tort would be to ignore and circumvent the contractual rights and obligations that were, and were not, intended by PW, Olympic and the appellants. In essence, the appellants are attempting, after the fact, to substitute a claim in tort law for their inability to claim under "Contract A". After all, the obligations the appellants seek to enforce through tort exist only because of "Contract A" to which the appellants are not parties. In my view, the observation of Professor Lewis N. Klar (*Tort Law* (3rd ed. 2003), at p. 201) — that the ordering of commercial relationships is usually in the bailiwick of the law of contract — is particularly apt in this type of case. To conclude that an action in tort is appropriate when commercial parties have deliberately arranged their affairs in contract would be to allow for an unjustifiable encroachment of tort law into the realm of contract.

(c) *Conclusion as to the First Stage of the Anns Test*

[57] There are certainly factors that indicate a close relationship between PW and the appellants, such as the appellants' expectation that PW was choosing a design-build team at the SOQ stage and the reliance of the appellants on a fair selection methodology in the tendering process. Nonetheless, the appellants' ability to foresee and protect themselves from the economic loss in question is an overriding policy reason why tort liability should not be recognized in these circumstances. The appellants had the opportunity to arrange their affairs in such a way as to be in privity of contract with PW relative to "Contract A", but they chose not to do so and they are now trying to claim through tort law for lack of a contractual relationship with PW. Tort law should not be used as an after-the-fact insurer.

au « contrat A » conclu entre TP et Olympic, est une raison de principe prédominante qui empêche la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle dans les circonstances. Permettre aux appelantes de faire fi des circonstances qu'elles ont contribué à créer et d'intenter un recours délictuel serait ignorer et contourner les droits et obligations contractuels que TP, Olympic et les appelantes entendaient, et n'entendaient pas, créer. Les appelantes tentent essentiellement, après coup, de se servir du droit de la responsabilité délictuelle à défaut de pouvoir se prévaloir du « contrat A ». Après tout, les obligations dont les appelantes demandent l'application par le biais de la responsabilité délictuelle n'existent qu'à cause du « contrat A », auquel les appelantes ne sont pas parties. À mon avis, la remarque du professeur Lewis N. Klar (*Tort Law* (3e éd. 2003), p. 201) — selon laquelle la régulation des relations commerciales relève normalement du droit des contrats — est particulière pertinente dans ce genre d'affaire. Conclure qu'une action en responsabilité délictuelle est le recours approprié lorsque des parties commerciales ont volontairement organisé leurs affaires par contrat reviendrait à permettre un empiétement injustifié du droit de la responsabilité délictuelle sur le droit des contrats.

c) *Conclusion quant à la première étape du critère de l'arrêt Anns*

[57] Certains facteurs témoignent indéniablement de l'existence d'un lien étroit entre TP et les appelantes, par exemple le fait que les appelantes s'attendaient à ce que TP choisisse une équipe de conception-construction au stade de la DEC et s'en tienne à une méthode de sélection équitable dans l'appel d'offres. Néanmoins, la possibilité qu'avaient les appelantes de prévoir la perte financière en question et de prémunir contre elle est une raison de principe prédominante qui empêche la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle dans les circonstances. Les appelantes ont eu la possibilité de se lier contractuellement à TP par le « contrat A », mais elles ne s'en sont pas prévalues et elles tentent maintenant de se servir du droit de la responsabilité délictuelle pour pallier l'absence de ce lien contractuel avec TP. Le droit de la responsabilité délictuelle ne doit pas servir de police d'assurance après coup.

[58] I conclude that the appellants have failed to satisfy the first stage of the *Anns* test justifying a finding of a *prima facie* duty of care.

2. Second Stage of the *Anns* Test

[59] Having found no *prima facie* duty of care at the first stage of the *Anns* test, it is unnecessary to continue with the second stage of examining residual policy concerns that could negate the creation of a new duty of care. However, it may be useful to comment on one residual policy concern — indeterminate liability.

[60] The recognition of a duty of care of an owner to subcontractors in a tendering process could lead to what Cardozo C.J. of the Court of Appeals of New York coined as "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class" (*Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931), at p. 444).

[61] The trial judge discounted the indeterminate liability concern. At para. 118, he stated:

> In this case, however, I do not accept that liability would be indeterminate because of the particular — and according to the evidence before me, unique — approach adopted by the defendant in the tendering process. The defendant defined the class of the members of the design build team whose qualifications would be examined, who had to provide terms of reference, review the plans and drawings, had to certify that they would perform the work and could not be substituted without approval by the defendant. Those obligations did not extend to the broad range of sub-subcontractors, suppliers and employees. The scope of the liability is also readily ascertainable by quantifying the plaintiffs' reasonable expectation of lost profits or fees.

[62] PW contends that when dealing with cases of pure economic loss, the principal concern

[58] Je conclus que les appelantes n'ont pas satisfait à la première étape du critère de l'arrêt *Anns*, qu'il faut franchir pour qu'on puisse conclure à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*.

2. Seconde étape du critère de l'arrêt *Anns*

[59] L'inexistence d'une obligation de diligence *prima facie* à la première étape de l'arrêt *Anns* ayant été établie, il n'est pas nécessaire d'aborder la seconde étape, celle de l'examen d'autres considérations de politique générale susceptibles d'empêcher la création d'une nouvelle obligation de diligence. Toutefois, il peut être utile de faire quelques remarques sur l'une de ces considérations, soit la responsabilité indéterminée.

[60] Reconnaître qu'un propriétaire a une obligation de diligence envers les sous-traitants dans le cadre d'un d'appel d'offres pourrait conduire à ce que le juge en chef Cardozo, de la Cour d'appel de New York, a défini comme étant [TRADUCTION] « la responsabilité pour un montant indéterminé pour une période indéterminée envers une catégorie indéterminée » (*Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931), p. 444).

[61] Le juge de première instance a fait peu de cas des préoccupations que soulève la responsabilité indéterminée :

> En l'espèce, toutefois, je ne suis pas d'accord pour dire que la responsabilité serait indéterminée en raison de l'approche particulière, et unique selon la preuve présentée, adoptée par le défendeur dans le processus d'appel d'offres. Le défendeur a défini la catégorie des membres de l'équipe de conception-construction dont les compétences seraient examinées, et ces membres devaient faire état de leurs attributions de tâches, examiner les plans et les dessins, certifier qu'ils exécuteraient le travail et ne pouvaient pas être remplacés sans le consentement du défendeur. Ces obligations ne s'étendaient pas à l'ensemble des sous-traitants, fournisseurs et employés. L'étendue de la responsabilité peut également être déterminée en quantifiant l'attente raisonnable de profits ou d'honoraires des demanderesses. [par. 118]

[62] TP prétend que, pour ce qui est des pertes purement financières, la préoccupation principale

is indeterminate liability, since unlike physical damage, it "can spread well beyond any confined physical area or group of victims and seep into an ever expanding circle of plaintiffs" (respondent's factum, at para. 82). This would lead to uncertainty in the marketplace. I agree that in the case of pure economic loss, there is a greater risk of indeterminate liability than in cases of physical injury or property damage. Therefore, in cases of pure economic loss, to paraphrase Cardozo C.J., care must be taken to find that a duty is recognized only in cases where the class of plaintiffs, the time and the amounts are determinate.

réside dans la responsabilité indéterminée, étant donné que contrairement aux dommages matériels, ce type de pertes [TRADUCTION] « peut dépasser le cadre restreint du lieu physique ou du groupe des victimes pour s'élargir à un cercle sans cesse croissant de demandeurs » (mémoire de l'intimée, par. 82). Cela entraînerait des incertitudes dans le marché. Je conviens que le risque de responsabilité indéterminée est plus grand en cas de perte purement financière qu'en cas de préjudice corporel ou matériel. Par conséquent, dans les cas de perte purement financière, il faut, pour paraphraser le juge en chef Cardozo, prendre soin de ne reconnaître une obligation que dans la mesure où l'on peut déterminer la catégorie des demandeurs, la période et les montants en cause.

[63] In the present situation, the subcontractors were identified and vetted by PW at the SOQ stage of the tendering process. The subcontractors could not be substituted without the consent of PW. On its face, this seems to indicate that the class of plaintiffs was determinate. However, one of the appellants, Canadian Process Services Inc., was not named as part of the design-build team at the SOQ stage. Only its parent company, G.J. Cahill & Co., was named. This suggests that the class of plaintiffs was not as well defined as found by the trial judge since a subsidiary of one of the design-build team members also made a claim. In my view, since the class of plaintiffs seems to seep into the lower levels of the corporate structure of the design-build team members, this case has indications of indeterminate liability.

[63] Dans l'affaire qui nous est soumise, le nom des sous-traitants a été fourni et soumis à l'approbation de TP à l'étape de la DEC de l'appel d'offres. Les sous-traitants ne pouvaient être remplacés sans le consentement de TP. À première vue, cela semble indiquer que les demandeurs appartenaient à une catégorie déterminée. Or l'une des appelantes, Canadian Process Services Inc., n'a pas été désignée comme membre de l'équipe de conception-construction à l'étape de la DEC. Seule sa société mère, G.J. Cahill & Co., était nommée. Cela donne à penser que la catégorie des demandeurs n'était pas aussi bien définie que l'a cru le juge de première instance étant donné qu'une filiale d'un des membres de l'équipe de conception-construction a aussi produit une réclamation. À mon avis, étant donné que la catégorie des demandeurs semble s'étendre aux niveaux inférieurs de la structure organisationnelle des membres de l'équipe de conception-construction, la présente affaire pourrait donner lieu à une responsabilité indéterminée.

[64] Moreover, contrary to the findings of the trial judge, the Court of Appeal concluded that the design-build tendering process was not unique. In the Court of Appeal, Sexton J.A. noted that Carl Mallam, the president of Olympic, testified that the design-build tendering process was used by both private and public entities throughout the country and that both the federal Crown and the Province

[64] De plus, contrairement aux conclusions du juge de première instance, la Cour d'appel a conclu que l'appel d'offres de type conception-construction ne revêtait pas un caractère unique. Le juge Sexton a souligné que, selon le témoignage de M. Carl Mallam, le président d'Olympic, des entités privées et publiques partout au pays ont recours à ce type d'appel d'offres, et les

of Newfoundland and Labrador used tendering processes with similar provisions (paras. 76-82). Given that this type of tendering process is not unique and that there are many types of arrangements that can arise between owners and contractors and in turn between contractors and subcontractors, a recognition of an owner's duty of care towards subcontractors could lead to a multiplicity of lawsuits in tort, an undesirable result.

[65] That the facts here suggest indeterminacy is, I think, symptomatic of a more general concern in the construction contract field. Even where subcontractors are named and known by an owner, those subcontractors will have employees and suppliers and perhaps their own subcontractors who also could suffer economic loss. And these suppliers and subcontractors will have their own employees and suppliers who might claim for economic loss due to the wrongful failure of the owner to award the contract to the general contractor upon which they were all dependant. The construction contract context is one in which the indeterminancy of the class of plaintiffs can readily be seen.

[66] Even if a *prima facie* duty of care had been found at the first stage of the *Anns* test, in my view, it would have been negated at the second stage because of indeterminate liability concerns.

V. Conclusion

[67] The appellants' claims do not fit within one of the preexisting categories of duty of care for pure economic loss. Nor is a finding of a new duty of care justified between an owner and subcontractors in the context of a tendering process. I would dismiss the appeal with costs.

formulaires utilisés par l'État fédéral et la province de Terre-Neuve-et-Labrador comportent des dispositions similaires (par. 76-82). Étant donné que ce type d'appel d'offres n'est pas unique et que maintes formes d'arrangements peuvent intervenir entre propriétaires et entrepreneurs de même qu'entre entrepreneurs et sous-traitants, imposer aux propriétaires une obligation de diligence envers les sous-traitants pourrait conduire à une multiplicité de poursuites en responsabilité délictuelle, résultat indésirable.

[65] Le fait qu'un problème d'indétermination se pose en l'espèce est à mon sens symptomatique d'une préoccupation plus générale propre au domaine des contrats de construction. Même dans les cas où le propriétaire connaît le nom des sous-traitants, ceux-ci auront des employés et des fournisseurs et peut-être leurs propres sous-traitants qui pourraient aussi subir des pertes financières. Et ces fournisseurs et sous-traitants auront leurs propres employés et fournisseurs qui pourraient chercher à obtenir réparation pour le préjudice financier qu'ils subissent du fait que le propriétaire n'a pas adjugé le contrat à l'entrepreneur général dont ils dépendaient tous. Le contexte des contrats de construction est ainsi l'un de ceux où l'on peut facilement constater l'indétermination de la catégorie des demandeurs.

[66] Même si l'on avait conclu à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* à la première étape de l'arrêt *Anns*, cette obligation aurait à mon avis été écartée à la seconde étape en raison des préoccupations soulevées par le problème de la responsabilité indéterminée.

V. Conclusion

[67] Les appelantes ne peuvent fonder leurs demandes d'indemnisation sur l'une des catégories préexistantes d'obligation de diligence pour perte purement financière. Il ne paraît pas non plus justifié de reconnaître l'existence d'une nouvelle obligation de diligence du propriétaire envers les sous-traitants dans le contexte d'un appel d'offres. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Stewart McKelvey, St. John's.

Solicitor for the respondent: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes : Stewart McKelvey, St. John's.

Procureur de l'intimée : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Talib Steven Lake *Appellant*

v.

Canada (Minister of Justice) *Respondent*

INDEXED AS: LAKE *v.* CANADA (MINISTER OF JUSTICE)

Neutral citation: 2008 SCC 23.

File No.: 31631.

2007: December 6; 2008: May 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Right to remain in Canada — Extradition — Whether Minister of Justice's decision to surrender fugitive to U.S. breached his mobility rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1).

Extradition — Surrender — Minister of Justice surrendering fugitive to U.S. — Whether extradition unjustifiably infringed fugitive's mobility rights — Whether Minister erred in his assessment of Cotroni factors — Whether Minister failed to provide adequate reasons for surrender — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1).

Extradition — Judicial review of Minister's order — Standard of review — Minister of Justice surrendering fugitive to U.S. — Whether reasonableness standard applies to Minister's decision to order surrender of fugitive when fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms engaged — If so, whether Minister's decision was reasonable — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 57.

In 1997, the appellant committed a number of offences in Canada related to trafficking crack cocaine and also sold crack cocaine to an undercover Ontario Provincial Police officer in Detroit, Michigan. The appellant was charged in Canada with six offences,

Talib Steven Lake *Appelant*

c.

Canada (Ministre de la Justice) *Intimé*

RÉPERTORIÉ : LAKE *c.* CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE)

Référence neutre : 2008 CSC 23.

N° du greffe : 31631.

2007 : 6 décembre; 2008 : 8 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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Droit de demeurer au Canada — Extradition — La décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition d'un fugitif vers les États-Unis portait-elle atteinte à la liberté de circulation et d'établissement de l'intéressé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1).

Extradition — Remise à l'État requérant — Décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition d'un fugitif vers les États-Unis — L'extradition portait-elle indûment atteinte à la liberté de circulation et d'établissement du fugitif? — Le ministre a-t-il mal apprécié les facteurs de l'arrêt Cotroni? — A-t-il justifié suffisamment sa décision? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1).

Extradition — Contrôle judiciaire de l'arrêté d'extradition — Norme de contrôle — Décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition d'un fugitif vers les États-Unis — La norme de la raisonnabilité s'applique-t-elle à la décision du ministre d'ordonner l'extradition d'un fugitif lorsque les droits constitutionnels de ce dernier sont en jeu? — Dans l'affirmative, la décision du ministre était-elle raisonnable? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 57.

En 1997, au Canada, l'appelant a commis un certain nombre d'infractions liées au trafic de la cocaïne et, à Detroit (Michigan), il a vendu du crack à un agent d'infiltration de la Police provinciale de l'Ontario. Il a été inculpé au Canada de six infractions, dont celle de

including conspiracy to traffic in crack cocaine, but he was not charged with trafficking cocaine in relation to the Detroit transaction. The appellant pled guilty to the charges against him. At the sentencing hearing, Crown counsel indicated that he agreed with the joint recommendation for a sentence at the low end of the range with respect to these types of offences because the appellant faced a strong likelihood of additional conviction and sentencing in the U.S. The appellant had received concurrent sentences of one to three years of imprisonment. After the appellant served his Canadian jail sentences, the U.S. requested his extradition to stand trial in that country in relation to the Detroit transaction. The appellant was committed for extradition and, in 2005, the Minister of Justice ordered his surrender. The Court of Appeal dismissed an application for judicial review of the Minister's decision.

Held: The appeal should be dismissed.

The Minister's reasons for his decision to surrender the appellant were sufficient to allow the appellant to understand the basis for the decision and the reviewing court to assess the validity of the decision. The Minister is required to give the appellant reasons for his decision and to respond to any submissions made by the appellant; however, the Minister is not required to provide a detailed analysis for every *Cotroni* factor. The *Cotroni* factors do not have to be given equal weight and nothing precludes a conclusion that a single factor is determinative in a particular case. Although the *locus delicti* of the foreign offence is not always determinative, there was nothing unreasonable about the Minister's conclusion in this case that no other *Cotroni* factor outweighs the fact that the appellant's conduct occurred in the U.S. [25] [30] [46] [48]

Section 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is *prima facie* infringed by a decision to surrender a Canadian citizen, but the infringement can generally be justified under s. 1 of the *Charter*. Judicial assessment by a court of appeal of the Minister's decision to surrender a fugitive is a form of administrative law review under s. 57 of the *Extradition Act* and the applicable administrative law standard is reasonableness. The Minister's superior expertise in relation to Canada's international obligations and foreign affairs is relevant to the review of his assessment of whether an extradition is justified. The legal threshold for finding that a surrender violates s. 6(1) of the *Charter* is evidence of improper or arbitrary motives for the decision not to prosecute the fugitive in Canada. This leaves room for considerable deference to the Minister. The fact that the Minister is not empowered to grant

complot en vue de faire le trafic de crack, mais il n'a pas été accusé de trafic de cocaïne en liaison avec l'opération effectuée à Detroit. Il a inscrit des plaidoyers de culpabilité. À l'audience de détermination de la peine, le ministère public a dit recommander une peine plutôt clémente pour ce genre d'infractions parce qu'il était fort probable que l'appelant soit condamné à une peine supplémentaire à l'issue d'un nouveau procès aux États-Unis. L'appelant a été condamné à des peines concurrentes d'un à trois ans d'emprisonnement. Après que l'appelant eut purgé sa peine d'emprisonnement au Canada, les États-Unis ont demandé son extradition pour qu'il subisse son procès relativement à l'opération effectuée à Detroit. L'appelant a été incarcéré en vue de son extradition et, en 2005, le ministre de la Justice a ordonné son extradition. La Cour d'appel a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant la décision du ministre.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les motifs invoqués par le ministre permettaient à l'appelant de comprendre sa décision et à la cour de révision d'en apprécier le bien-fondé. Le ministre doit communiquer à l'intéressé les motifs de sa décision et répondre à toute observation formulée contre l'extradition. Cependant, il n'est pas tenu d'analyser en détail chacun des facteurs énoncés dans l'arrêt *Cotroni* ni de leur accorder la même importance, et rien ne l'empêche de conclure qu'un seul d'entre eux est déterminant. Le lieu de l'infraction commise à l'étranger n'est pas toujours déterminant, mais il n'y a rien de déraisonnable dans la conclusion du ministre en l'espèce, à savoir qu'aucun autre facteur de l'arrêt *Cotroni* ne l'emporte sur le fait que les actes reprochés à l'appelant sont survenus aux États-Unis. [25] [30] [46] [48]

L'extradition porte atteinte à première vue au droit que confère à un citoyen canadien le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais cette atteinte est généralement susceptible de justification en vertu de l'article premier. La révision de l'arrêté d'extradition par la cour d'appel en application de l'art. 57 de la *Loi sur l'extradition* relève du contrôle de l'action administrative, et la norme de contrôle applicable est celle de la raisonnabilité. La supériorité de l'expertise du ministre à l'égard des obligations internationales et des affaires étrangères du Canada doit également être prise en compte lors du contrôle judiciaire de sa décision concernant la justification de l'extradition. Au regard du droit, l'extradition contrevient au par. 6(1) de la *Charte* lorsqu'il est établi que la décision de ne pas poursuivre au Canada s'appuie sur des motifs irréguliers ou arbitraires, de sorte que la conclusion du

constitutional remedies does not determine the applicable standard. The assessment of whether a surrender violates s. 7 of the *Charter* similarly involves balancing factors for and against extradition to determine whether extradition would shock the conscience. The Minister must balance the individual's circumstances and the consequences of extradition against such factors as the seriousness of the offence for which extradition is sought, the importance of meeting Canada's international obligations, and the need to ensure that Canada is not used as a safe haven from justice. The Minister's decision is largely a political decision and falls at the extreme legislative end of the continuum of administrative decision making. Interference with a Minister's decision should be limited to exceptional cases of real substance. [22] [26] [34] [36-39]

According deference to the Minister's assessment of the constitutional validity of his decision to surrender a fugitive does not unacceptably attenuate judicial review. The reviewing court's role is to determine whether the Minister's decision falls within a range of reasonable outcomes. This requires examining whether the Minister considered the relevant facts and reached a defensible conclusion based on those facts. The Minister's conclusion should be upheld by a reviewing court unless it is unreasonable. This approach reflects the fact that the Minister's assessments under ss. 6(1) and 7 of the *Charter* involve fact-based balancing tests. The Minister is in the best position to weigh the relevant factors. [40-41]

The Minister's conclusion that the appellant was not prosecuted and sentenced in Canada for the Detroit transaction was not unreasonable. The appellant was not charged with the substantive offence of trafficking in relation to the transaction and the charge of conspiracy to traffic did not subsume the substantive offence of trafficking. The sentencing judge made no reference to the charge in the U.S. at the sentencing hearing. Crown counsel sought a reduced sentence for the convictions in Canada in light of the likelihood that the appellant would be convicted and punished in the U.S. for the Detroit transaction. The Minister's deference to the U.S. owing to the fact that the Detroit transaction occurred within its territory provides a sufficient basis for concluding that the decision to surrender the appellant, including the decision that the extradition would not violate s. 6(1) of the *Charter*, was reasonable. [44-45] [48]

ministre commande un degré élevé de déférence. Le fait que le ministre n'a pas le pouvoir d'accorder une réparation constitutionnelle ne permet pas d'arrêter la norme applicable. L'examen de la conformité de l'extradition à l'art. 7 de la *Charte* suppose lui aussi une pondération des facteurs favorables et défavorables à la mesure pour déterminer si elle choquerait la conscience. Le ministre doit soupeser, d'une part, la situation de l'intéressé et les conséquences de son extradition et, d'autre part, des éléments comme la gravité de l'infraction à l'origine de la demande d'extradition ainsi que l'importance de veiller à ce que le Canada respecte ses obligations internationales et à ce qu'il ne devienne pas un refuge pour les fugitifs recherchés par la justice. Sa décision est essentiellement politique et se situe à l'extrême limite législative du processus décisionnel administratif. Les tribunaux ne la modifieront que dans les cas exceptionnels où cela s'impose réellement. [22] [26] [34] [36-39]

Déférer à l'appréciation ministérielle de la constitutionnalité de la décision d'extrader un fugitif n'atténue pas de manière inacceptable la portée du contrôle judiciaire. La cour de révision doit déterminer si la décision du ministre se situe dans le cadre des solutions raisonnables possibles. Elle doit donc se demander si le ministre a tenu compte des faits pertinents et tiré une conclusion défendable au regard de ces faits. La conclusion du ministre doit être confirmée à moins qu'elle ne soit déraisonnable, et ce, parce que les évaluations du ministre fondées sur le par. 6(1) et l'art. 7 de la *Charte* supposent des pondérations dépendantes de l'appréciation des faits en cause. Le ministre est le mieux placé pour soupeser les facteurs applicables. [40-41]

La conclusion du ministre selon laquelle l'appelant n'a pas été poursuivi et condamné au Canada pour l'infraction matérielle de trafic perpétrée à Detroit n'est pas déraisonnable. L'appelant n'a pas été inculpé de cette infraction, et le complot dont il a été accusé n'englobait pas l'infraction matérielle. À l'audience de détermination de la peine, le juge n'a pas fait mention de l'accusation portée aux États-Unis. Le ministère public a recommandé une peine réduite pour les infractions commises au Canada parce qu'il était probable que l'appelant soit déclaré coupable de l'infraction perpétrée à Detroit et qu'il soit condamné à une peine aux États-Unis. Le fait que le ministre juge préférable de respecter l'intérêt prioritaire des États-Unis parce que les actes reprochés ont eu lieu dans ce pays constitue un motif suffisant de conclure à la raisonnabilité de sa décision d'extrader l'appelant, y compris sa conclusion selon laquelle la mesure ne contrevient pas au par. 6(1) de la *Charte*. [44-45] [48]

Cases Cited

Explained: *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532, 2001 SCC 18; **not followed:** *Stewart v. Canada (Minister of Justice)* (1998), 131 C.C.C. (3d) 423; *United States of America v. Gillingham* (2004), 184 C.C.C. (3d) 97; *United States of America v. Maydak* (2004), 190 C.C.C. (3d) 71; *United States of America v. Kunze* (2005), 194 C.C.C. (3d) 422; *Hanson v. Canada (Minister of Justice)* (2005), 195 C.C.C. (3d) 46; *United States of America v. Fordham* (2005), 196 C.C.C. (3d) 39; *Ganis v. Canada (Minister of Justice)* (2006), 216 C.C.C. (3d) 337; **referred to:** *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Bonamie, Re* (2001), 293 A.R. 201; *United States of Mexico v. Hurley* (1997), 35 O.R. (3d) 481; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *United States of America v. Taylor* (2003), 175 C.C.C. (3d) 185; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, 2008 SCC 9; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Sheppe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 22; *United States of America v. Jamieson*, [1996] 1 S.C.R. 465; *United States of America v. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99, aff'd [1996] 1 S.C.R. 467; *Ross v. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500, aff'd [1996] 1 S.C.R. 469.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1), 7.
Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 25, 43(1), 44(1), 47(*a*), 49, 57(2), 57(7).
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1(4).

Treaties and Other International Instruments

Treaty on Extradition Between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 4.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Armstrong and MacFarland JJ.A.) (2006), 212 C.C.C. (3d) 51, 145 C.R.R. (2d) 156, [2006] O.J. No. 3485 (QL) (*sub nom. United States of America v. Lake*), dismissing an application for judicial review from a surrender

Jurisprudence

Arrêt interprété : *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, 2001 CSC 18; **arrêts non suivis :** *Stewart c. Canada (Minister of Justice)* (1998), 131 C.C.C. (3d) 423; *United States of America c. Gillingham* (2004), 184 C.C.C. (3d) 97; *United States of America c. Maydak* (2004), 190 C.C.C. (3d) 71; *United States of America c. Kunze* (2005), 194 C.C.C. (3d) 422; *Hanson c. Canada (Minister of Justice)* (2005), 195 C.C.C. (3d) 46; *United States of America c. Fordham* (2005), 196 C.C.C. (3d) 39; *Ganis c. Canada (Minister of Justice)* (2006), 216 C.C.C. (3d) 337; **arrêts mentionnés :** *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Bonamie, Re* (2001), 293 A.R. 201; *United States of Mexico c. Hurley* (1997), 35 O.R. (3d) 481; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *United States of America c. Taylor* (2003), 175 C.C.C. (3d) 185; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, 2008 CSC 9; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Sheppe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 22; *États-Unis d'Amérique c. Jamieson*, [1996] 1 R.C.S. 465; *United States of America c. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99, conf. par [1996] 1 R.C.S. 467; *Ross c. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500, conf. par [1996] 1 R.C.S. 469.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1), 7.
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 25, 43(1), 44(1), 47*a*), 49, 57(2), 57(7).
Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1(4).

Traités et autres instruments internationaux

Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 4.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Armstrong et MacFarland) (2006), 212 C.C.C. (3d) 51, 145 C.R.R. (2d) 156, [2006] O.J. No. 3485 (QL) (*sub nom. United States of America c. Lake*), qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant l'arrêté

order made by the Minister of Justice. Appeal dismissed.

John Norris, for the appellant.

Robert J. Frater and *Jeffrey G. Johnston*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] The appellant Talib Steven Lake, a dual American and Canadian citizen, faces extradition to the United States of America to stand trial on a charge of unlawfully distributing nearly 100 grams of crack cocaine in the city of Detroit, Michigan. He was committed for surrender after an extradition hearing, and the Minister of Justice ordered his surrender. Mr. Lake appeals to this Court from the Ontario Court of Appeal's decision dismissing an application for judicial review of the Minister's surrender order. He contends that extradition would unjustifiably infringe his rights under s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He argues that the Minister erred in his assessment of the factors set out by this Court in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, and in his conclusion that extradition was preferable to prosecution in Canada. He adds that the Minister failed to provide adequate reasons as to why extradition was preferred.

[2] This appeal raises two central issues. First, what is the appropriate standard to be applied by courts in reviewing a decision by the Minister to order surrender? Second, in light of that standard, should the Minister's decision be set aside in this case? In connection with these issues, the appellant also contends that the Minister did not provide adequate reasons for ordering his surrender. He argues that while deference is generally owed to a decision by the Minister to order surrender, where an individual's *Charter* rights are engaged, the

d'extradition pris par le ministre de la Justice. Pourvoi rejeté.

John Norris, pour l'appelant.

Robert J. Frater et *Jeffrey G. Johnston*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] L'appelant, Talib Steven Lake, à la fois citoyen canadien et américain, risque l'extradition vers les États-Unis pour y répondre à l'accusation d'avoir distribué illégalement près de 100 grammes de crack à Detroit, au Michigan. À l'issue d'une audience d'extradition, il a été incarcéré, puis le ministre de la Justice a ordonné son extradition. Monsieur Lake se pourvoit devant notre Cour contre la décision de la Cour d'appel de l'Ontario rejetant sa demande de contrôle judiciaire visant l'arrêté ministériel. Il fait valoir que l'extradition constituerait une atteinte injustifiée aux droits que lui garantit le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il soutient que le ministre a mal apprécié les facteurs énoncés par notre Cour dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, et qu'il a eu tort de conclure que l'extradition était préférable à l'engagement de la poursuite au Canada. Il ajoute que le ministre n'a pas suffisamment justifié sa décision de privilégier l'extradition.

[2] Le présent pourvoi soulève deux questions principales. Premièrement, à quelle norme de contrôle judiciaire est assujetti l'arrêté d'extradition du ministre? Deuxièmement, au regard de cette norme, y a-t-il lieu d'infirmer la décision en l'espèce? En liaison avec ces deux questions, l'appelant prétend en outre que le ministre n'a pas suffisamment justifié sa décision d'ordonner l'extradition. Même s'il reconnaît qu'une décision du ministre en la matière appelle généralement la déférence, il soutient que lorsqu'un droit garanti par la *Charte*

appropriate standard of review is correctness. The respondent submits that, according to the jurisprudence of this Court, the Minister's assessment of a fugitive's *Charter* rights is also entitled to deference. The nature of the Minister's decision requires him, even when considering a fugitive's *Charter* rights, to weigh competing factors, many of which include foreign policy considerations in which the Minister has superior expertise. Heightened scrutiny and interference by the judiciary has the potential to seriously disrupt the extradition regime, which engages Canada's international obligations and serves as an important tool in the suppression of crime.

[3] In my view, the Minister provided sufficient reasons for his decision to order the appellant's surrender. That decision was reviewable on a standard of reasonableness, and it was reasonable. I would therefore dismiss the appeal.

II. Background

[4] In 1997 the appellant was charged in Windsor, Ontario with a series of offences related to cocaine trafficking. The Crown alleged that at the time, he was a U.S. citizen residing in Detroit. The charges were laid as a result of an undercover operation of the Windsor unit of the O.P.P. Drug Enforcement Branch. Mr. Lake became known to one of the investigators, Constable Ralph Faiella, as a result of a meeting between Constable Faiella and the appellant's cousin, Aaron Walls, in Windsor. In August 1997, Mr. Walls, a lifetime resident of Windsor, offered to sell Constable Faiella crack cocaine, which he said Mr. Lake would bring from Detroit. The officer agreed and a meeting was arranged. At the meeting, Constable Faiella was introduced to Mr. Lake and paid him C$1,700 in exchange for 25 grams of crack cocaine.

[5] Subsequently, as a result of earlier meetings, Constable Faiella accepted an invitation to play golf with Mr. Walls and Mr. Lake. He exchanged telephone numbers with Mr. Lake, who indicated that he would be happy to sell him several ounces

entre en jeu, la norme de la décision correcte s'applique. Selon l'intimé, il appert de la jurisprudence de notre Cour qu'il faut également faire preuve de déférence à l'égard de l'appréciation ministérielle des droits constitutionnels du fugitif. Vu la nature de sa décision, lorsqu'il se penche sur ces droits, le ministre doit aussi soupeser des éléments opposés dont plusieurs touchent à la politique étrangère, un domaine dans lequel il possède une plus grande expertise. Un contrôle judiciaire accru et des interventions plus poussées de la part des cours de justice risquent de porter sérieusement atteinte au régime de l'extradition, qui met en jeu les obligations internationales du Canada et constitue un rouage important de la répression du crime.

[3] À mon avis, le ministre a suffisamment justifié sa décision d'ordonner l'extradition. La norme de contrôle applicable demeurait celle de la raisonnabilité, et la décision du ministre était raisonnable. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

[4] En 1997, à Windsor (Ontario), l'appelant a été inculpé d'une série d'infractions liées au trafic de la cocaïne. Selon le ministère public, il était alors citoyen américain et habitait Detroit. Les accusations faisaient suite à une opération d'infiltration menée par l'unité de Windsor de la Section des stupéfiants de la Police provinciale de l'Ontario. L'agent Ralph Faiella a d'abord entendu parler de l'appelant par le cousin de ce dernier, Aaron Walls, à Windsor. En août 1997, M. Walls, qui a toujours habité Windsor, lui a offert du crack que son cousin (M. Lake) devait apporter de Detroit. L'agent a accepté. Ils ont convenu d'une rencontre, et lors de celle-ci, l'agent Faiella a été présenté à M. Lake, auquel il a acheté 25 grammes de crack pour la somme de 1 700 $ CAN.

[5] Après quelques rencontres, l'agent Faiella a accepté une invitation à jouer au golf avec MM. Walls et Lake. L'agent et l'appelant ont échangé leurs numéros de téléphone, et le second a proposé au premier plusieurs onces de cocaïne au prix de

of cocaine for $1,625 per ounce. They agreed to contact each other at a later date.

[6] On September 18, 1997, Mr. Lake and Constable Faiella made arrangements over the phone for a four-ounce transaction. Mr. Lake instructed the officer to meet him in front of Kinko's Restaurant in Detroit the following Monday, September 22, 1997, at 11:00 a.m. The Federal Bureau of Investigation was informed, and it agreed to provide and monitor a body pack device and to provide additional surveillance. The transaction was intercepted and recorded by the F.B.I. The total weight of the cocaine purchased by Constable Faiella was later determined to be approximately 99.2 grams.

[7] Constable Faiella participated in another transaction with Mr. Walls and Mr. Lake involving the sale of 96.5 grams of crack cocaine at Mr. Walls' Windsor residence in October 1997. On December 8, 1997, he telephoned Mr. Lake and set up a transaction for another four ounces of cocaine the following day. He met Mr. Walls and another man at a Windsor convenience store, where both men were immediately arrested. A search warrant was then executed at the Walls residence, and when the police arrived, Mr. Lake was in the backyard with another man and was seen to be placing something at the base of a fence. Mr. Lake was arrested, and the item seized next to the fence was found to be a plastic bag containing 65 grams of crack cocaine.

[8] The appellant was charged with six offences in relation to the above transactions. One of the charges was that he had conspired with Aaron Walls to traffic in a controlled substance between September 11 and September 22, 1997. The appellant was not, however, charged with the substantive offence of trafficking in relation to the Detroit transaction. He pled guilty on all charges.

A. *Sentencing Hearing*

[9] At the sentencing hearing before Ouellette J. of the Ontario Court (General Division), counsel made a joint submission consisting of an agreed

1 625 $ chacune. Ils ont convenu d'en reparler à une date ultérieure.

[6] Le 18 septembre 1997, lors d'un entretien téléphonique, M. Lake et l'agent Faiella ont pris des dispositions pour la vente de quatre onces de cocaïne. Monsieur Lake a demandé à l'agent de le rencontrer le lundi suivant, soit le 22 septembre 1997, à 11 heures, devant le restaurant Kinko's à Detroit (Michigan). Informé de l'opération projetée, le F.B.I. (Federal Bureau of Investigation) a accepté de munir l'agent d'un micro-émetteur de poche et d'assurer une surveillance supplémentaire. L'échange a été intercepté et enregistré par le F.B.I. Il a été établi plus tard que l'agent Faiella avait acheté au total quelque 99,2 grammes de cocaïne.

[7] En octobre 1997, à la résidence de M. Walls à Windsor, l'agent Faiella a acheté à MM. Walls et Lake 96,5 grammes de crack. Le 8 décembre 1997, l'agent Faiella a téléphoné à M. Lake. Ils ont convenu de la vente, le lendemain, de quatre onces supplémentaires de cocaïne. L'agent a rencontré M. Walls et un autre homme à un dépanneur de Windsor, qui ont été arrêtés sur-le-champ. Un mandat de perquisition a été exécuté à la résidence de M. Walls. À l'arrivée des agents, M. Lake se trouvait en compagnie d'un autre homme dans la cour arrière et on l'a vu déposer quelque chose au bas de la clôture. Monsieur Lake a été arrêté, et on a saisi un sac de plastique trouvé près de la clôture et qui contenait 65 grammes de crack.

[8] L'appelant a été inculpé de six chefs d'accusation relativement à ces opérations. Il a notamment été accusé d'avoir comploté avec Aaron Walls en vue du trafic de substances désignées entre le 11 et le 22 septembre 1997. Il n'a toutefois pas été inculpé de l'infraction matérielle de trafic quant à l'opération survenue à Detroit. Il a reconnu sa culpabilité pour toutes les accusations.

A. *Audience de détermination de la peine*

[9] À l'audience de détermination de la peine présidée par le juge Ouellette de la Cour de l'Ontario (Division générale), les avocats ont présenté

statement of facts and a recommendation that Mr. Lake be sentenced to a total of three years in prison. Crown counsel indicated that the motivating factor in his agreeing to a three-year sentence, which he acknowledged to be "on the low end of the range with respect to these types of offences", was that he had recently received a copy of an indictment against the appellant issued in the United States District Court, Eastern District of Michigan, for the offence of trafficking in cocaine allegedly committed on September 22, 1997. Given the compelling evidence against the appellant, Crown counsel was of the view that Mr. Lake faced a strong likelihood of conviction in the United States on this charge and would therefore likely serve time there in addition to his sentence on the Canadian charges. At the time, although the appellant claimed to be a Canadian citizen by virtue of the fact that his mother had been born in Canada, he could not offer any proof of his Canadian citizenship and it was expected that deportation proceedings would take place upon conclusion of his sentence.

[10] The appellant was sentenced to a total of three years' imprisonment, in addition to the eight months he had spent in pre-trial custody. At some point, he was able to establish his Canadian citizenship, and he settled in Windsor upon his release.

B. *Extradition Request and Minister's Reasons for Surrender*

[11] On May 5, 2003, after Mr. Lake had served his Canadian jail sentence, the United States requested that he be extradited to stand trial on the trafficking offence. On June 30, 2003, the Minister issued an authority to proceed. On May 31, 2004, Mr. Lake was committed for extradition. His counsel made submissions to the Minister, arguing against surrender on several grounds. However, the Minister ordered Mr. Lake's surrender on February 28, 2005.

[12] In his reasons, the Minister stated that the competent prosecutorial authority had, after considering the documentary evidence provided by

un exposé conjoint des faits et recommandé que M. Lake soit condamné au total à trois ans d'emprisonnement. Le ministère public a déclaré avoir convenu de cette peine, dont il reconnaissait le caractère [TRADUCTION] « plutôt clément pour de telles infractions », parce qu'il avait récemment obtenu copie de l'acte d'accusation déposé en Cour de district (district est du Michigan) pour l'infraction de trafic de cocaïne qui aurait été perpétrée le 22 septembre 1997. En raison du caractère convaincant de la preuve contre l'appelant, le ministère public estimait que M. Lake serait vraisemblablement reconnu coupable de l'infraction aux États-Unis et qu'il y purgerait une peine d'emprisonnement en sus de celle infligée au Canada. Même s'il prétendait être citoyen canadien du Canada parce que sa mère y était née, l'appelant ne pouvait alors en faire la preuve. L'on s'attendait donc à ce qu'il fasse l'objet d'une procédure d'expulsion au terme de sa peine d'emprisonnement.

[10] L'appelant a été condamné au total à trois ans d'emprisonnement, ce qui s'ajoutait aux huit mois passés sous les verrous avant le procès. À une date indéterminée, il a réussi à prouver sa citoyenneté canadienne et il s'est établi à Windsor après sa mise en liberté.

B. *Demande d'extradition et motifs invoqués à l'appui de l'arrêté du ministre*

[11] Le 5 mai 2003, après que M. Lake eut purgé sa peine d'emprisonnement au Canada, les États-Unis ont demandé son extradition pour qu'il subisse son procès relativement à l'accusation de trafic. Le 30 juin 2003, le ministre a pris un arrêté introductif d'instance. Le 31 mai 2004, M. Lake a été incarcéré en vue de son extradition. Dans des observations adressées au ministre, son avocat a soulevé plusieurs arguments à l'encontre de la mesure, mais le 28 février 2005, l'extradition a tout de même été ordonnée.

[12] Dans ses motifs, le ministre a indiqué qu'après examen de la preuve documentaire offerte par les autorités américaines, ainsi que des facteurs

the American authorities as well as the factors set out by this Court in *Cotroni*, decided that prosecution of Mr. Lake in Canada was not warranted. Although the Minister indicated that he would not interfere with this exercise of prosecutorial discretion, he nevertheless went on to consider whether the decision to prefer extradition over prosecution in Canada was consistent with Mr. Lake's rights under s. 6(1) of the *Charter*. Given that the transfer of cocaine was alleged to have taken place in Detroit, the Minister concluded that Canada did not have jurisdiction to prosecute the offence. Even if some form of prosecution in Canada were possible for this offence, he would have yielded to the superior interest of the United States in protecting its own public and maintaining public confidence in its laws and criminal justice system through prosecution. In the Minister's opinion, surrender would not unjustifiably infringe Mr. Lake's rights under s. 6(1) of the *Charter*.

[13] The Minister also considered whether he should deny surrender on the basis that Mr. Lake had already been convicted and sentenced for the conduct, and the offence, for which he was sought in the United States. He decided that although the Canadian and American charges arose from the same investigation and involved overlapping conduct, they were separate and distinct and concerned two different wrongs. Ordering Mr. Lake's surrender therefore would not violate Art. 4 of the *Treaty on Extradition Between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3, or s. 47(*a*) of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18. The Minister added that Crown counsel had taken the American indictment into account in agreeing to a reduced sentence and that Ouellette J. had accepted that Mr. Lake would likely face further prosecution. He concluded that Mr. Lake had not already been sentenced for the conduct underlying the American charge.

[14] The Minister decided that, despite the delay between the U.S. indictment and the formal request for Mr. Lake's extradition, this case did not amount to one of the "clearest of cases" that would justify

énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Cotroni*, les autorités chargées des poursuites avaient décidé qu'il n'était pas justifié de poursuivre M. Lake au Canada. Bien qu'il ait affirmé ne pas vouloir s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant, le ministre s'est quand même demandé si la décision d'extrader l'intéressé plutôt que de le poursuivre au Canada respectait ses droits garantis au par. 6(1) de la *Charte*. Comme la ville de Detroit se trouvait le lieu de l'infraction alléguée, le ministre a conclu que le Canada n'avait pas compétence pour poursuivre. Il a toutefois ajouté que même s'il avait été possible d'engager quelque poursuite au Canada, il aurait reconnu que les États-Unis possédaient un intérêt supérieur à poursuivre l'appelant afin d'assurer la protection des citoyens américains et de préserver leur confiance dans les lois et le système de justice pénale. Enfin, selon le ministre, l'extradition ne porterait pas indûment atteinte aux droits de M. Lake suivant le par. 6(1) de la *Charte*.

[13] Le ministre s'est par ailleurs demandé s'il devait refuser l'extradition au motif que M. Lake avait déjà été reconnu coupable et condamné pour les actes visés par la demande d'extradition et l'infraction sous-jacente à celle-ci. Il a conclu que, même si les accusations portées au Canada et aux États-Unis découlaient d'une même enquête et se rapportaient à des actes rattachés les uns aux autres, elles demeuraient séparées et distinctes et visaient deux infractions différentes. Par conséquent, l'extradition de M. Lake n'enfreignait ni l'art. 4 du *Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976, nº 3, ni l'al. 47*a*) de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18. Le ministre a également fait observer que le ministère public avait tenu compte de l'acte d'accusation déposé aux États-Unis pour convenir d'une peine réduite et que le juge Ouellette avait reconnu que M. Lake ferait vraisemblablement l'objet d'un autre procès. Il a ainsi conclu que M. Lake n'avait pas déjà été condamné à une peine pour les actes à l'origine de l'accusation portée aux États-Unis.

[14] Le ministre a jugé que la durée de temps écoulé entre le dépôt de l'acte d'accusation aux États-Unis et la demande officielle d'extradition, ne faisait pas de l'affaire l'un des « cas les plus clairs »

ignoring Canada's obligations under the Treaty. He noted that the delay between the end of Mr. Lake's Canadian sentence and the request was only two years, and that Mr. Lake was aware of the indictment at the time of his Canadian sentencing hearing and could have turned himself in at any time in order to deal with the charge expeditiously. There was no suggestion that the delay had affected the possibility that Mr. Lake would receive a fair trial in the United States or his ability to make full answer and defence. The Minister also observed that the mandatory 10-year minimum sentence Mr. Lake would face if convicted in the United States would not "shock the conscience" of Canadians, nor would it be unjust or oppressive in light of the seriousness of the allegations against him. Nor would Mr. Lake's personal circumstances justify refusing surrender. According to the Minister, while it was commendable that Mr. Lake was supporting his common law spouse and their children in Windsor, this fact did not amount to a compelling or overriding circumstance that outweighed the importance of ensuring that Canada was not used as a safe haven by fugitives from justice.

C. *Judicial History — Ontario Court of Appeal* (2006), 212 C.C.C. (3d) 51

[15] On a judicial review application to the Court of Appeal, the appellant argued that the Minister had erred in concluding that surrender would not infringe his s. 6(1) mobility rights, and that the Minister's reasons for so concluding were inadequate. The appellant added that the minimum sentence he would face upon conviction in the United States was arbitrary and disproportionate and that his surrender therefore violated his rights under both s. 7 of the *Charter* and s. 44(1)(*a*) of the *Extradition Act*. On September 1, 2006, the Court of Appeal dismissed the appellant's application for judicial review.

[16] Laskin J.A., for a unanimous court, agreed that the Minister had a duty to give adequate reasons for his surrender order. Such reasons should explain why the surrender order was made and should be sufficient to permit the reviewing court to determine whether the Minister applied the

justifiant l'inexécution des obligations du Canada découlant du Traité. Il a fait remarquer que seulement deux ans s'étaient écoulés entre l'expiration de la peine au Canada et la demande d'extradition. De plus, M. Lake était au courant du dépôt d'un acte d'accusation aux États-Unis depuis l'audience de détermination de la peine au Canada, de sorte qu'il aurait pu se rendre aux autorités à tout moment pour répondre sans délai à l'accusation. Rien ne permettait de conclure que le délai avait porté atteinte au droit de M. Lake à un procès équitable aux États-Unis non plus qu'à son droit à une défense pleine et entière. Le ministre a aussi souligné que la peine minimale de 10 ans d'emprisonnement encourue par M. Lake aux Étas-Unis ne « choquerait pas la conscience » des Canadiens ni ne serait injuste ou tyrannique vu la gravité des faits reprochés. La situation personnelle de M. Lake ne justifiait pas non plus le refus de l'extradition. Selon le ministre, il était certes louable que M. Lake subvienne aux besoins de sa conjointe de fait et de ses enfants à Windsor, mais l'impératif d'éviter que le Canada serve de refuge à des criminels recherchés par la justice devait primer.

C. *Historique judiciaire — Cour d'appel de l'Ontario* (2006), 212 C.C.C. (3d) 51

[15] À l'appui de sa demande de contrôle judiciaire présentée à la Cour d'appel, M. Lake a plaidé que le ministre avait eu tort de conclure que l'extradition ne portait pas atteinte à sa liberté de circulation et d'établissement garantie au par. 6(1) et qu'il avait invoqué des motifs suffisants à l'appui. Il a ajouté que la peine minimale qu'il encourait aux États-Unis était arbitraire et disproportionnée, de sorte que l'extradition violait les droits que lui conféraient l'art. 7 de la *Charte* et l'al. 44(1)*a*) de la *Loi sur l'extradition*. Le 1er septembre 2006, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté sa demande de contrôle judiciaire.

[16] Au nom des juges unanimes de la Cour d'appel, le juge Laskin a reconnu que le ministre avait l'obligation de bien étayer son arrêté d'extradition. Le ministre devait motiver sa décision de façon que la cour de révision puisse déterminer s'il avait appliqué les bons principes et dûment tenu compte

proper principles and fairly considered any submissions against surrender. In this case, although the Minister's reasons were brief, Laskin J.A. concluded that they were adequate.

[17] Further, Laskin J.A. found no reason to interfere with the Minister's conclusion that the appellant's rights under s. 6(1) would not be unjustifiably infringed by a decision to order his surrender. In making this assessment, the Minister was required to apply the correct legal test, but his weighing of the factors relevant to that test was entitled to deference. Though the Minister had erred in concluding that Canada had no jurisdiction to prosecute Mr. Lake for the substantive offence of trafficking, this error was unimportant given that he had gone on to conclude that even if some form of prosecution in Canada was in fact possible, the United States had a greater interest in prosecuting Mr. Lake. Contrary to the appellant's submission, the Minister is not required to refer expressly to all the *Cotroni* factors. Citing this Court's decision in *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532, 2001 SCC 18, Laskin J.A. concluded that the Minister's decision would be upheld if it was "clearly reasonable". In deferring to the greater interest of the United States in prosecuting Mr. Lake, the Minister's decision met this threshold requirement.

[18] Regarding the mandatory minimum sentence, Laskin J.A. noted that the test under s. 7 of the *Charter* is not whether the sentence is arbitrary; arbitrariness may be a valid consideration but it is not, on its own, determinative. Rather, to infringe s. 7, the foreign sentence must "shock the conscience" (*Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at p. 522) or be "simply unacceptable" (*United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564, at p. 572). Under s. 44(1)(*a*) of the *Extradition Act*, the sentence must be "unjust" or "oppressive". A mandatory 10-year minimum sentence for distributing nearly 100 grams of a lethal drug is not so shocking or unjust as to warrant judicial intervention. The appellant had also argued that the sentence would be disproportionate given that courts generally impose concurrent sentences for a conviction on a substantive

des arguments invoqués à l'encontre l'extradition. En l'espèce, le juge Laskin a conclu que malgré leur concision, les motifs étaient suffisants.

[17] En outre, de l'avis du juge Laskin, il n'y avait pas lieu de modifier la conclusion du ministre selon laquelle l'arrêté d'extradition ne portait pas atteinte de manière injustifiée aux droits que le par. 6(1) garantissait à l'appelant. Pour conclure ainsi, le ministre devait appliquer le critère juridique approprié, mais son appréciation des facteurs dès lors applicables commandait la déférence. Le ministre a jugé à tort que le Canada n'avait pas compétence pour inculper M. Lake de l'infraction matérielle de trafic, mais cette erreur importait peu. En effet, il a ensuite estimé que même si quelque poursuite avait été possible au Canada, l'intérêt des États-Unis à poursuivre M. Lake aurait été prépondérant. Contrairement à ce que prétend l'appelant, le ministre n'avait pas à renvoyer expressément à tous les facteurs de l'arrêt *Cotroni*. Citant l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, 2001 CSC 18, le juge Laskin a opiné que la décision du ministre devait être confirmée si elle était jugée [TRADUCTION] « manifestement raisonnable ». La décision du ministre de s'incliner devant l'intérêt supérieur des États-Unis à poursuivre M. Lake satisfaisait à cette exigence.

[18] Au sujet du problème de la peine minimale encourue aux États-Unis, le juge Laskin a rappelé que pour les besoins de l'application de l'art. 7 de la *Charte*, la question n'était pas celle de savoir si la peine était arbitraire. En effet, il peut s'agir d'une considération valable, mais qui n'est pas déterminante en soi. En fait, pour conclure à une violation de l'art. 7, la peine encourue à l'étranger doit « choquer la conscience » (*Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, p. 522) ou être « simplement inacceptable » (*États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564, p. 572). De plus, l'al. 44(1)*a*) de la *Loi sur l'extradition* dispose que la peine doit être « injuste » ou « tyrannique ». Or, une peine minimale de 10 ans d'emprisonnement pour la distribution de près de 100 grammes d'une drogue mortelle n'est ni choquante ni injuste au point de justifier l'intervention

offence and a conviction on conspiracy to commit that offence. He submitted that he would effectively be serving consecutive sentences for the offences in the instant case. In Laskin J.A.'s view, however, proportionality is relevant only if the sentence is so extreme that it offends what is fair and just. He considered the sentence faced by the appellant to fall far short of that standard, particularly given that the U.S. indictment had been taken into account at Mr. Lake's sentencing hearing in Canada.

du tribunal. L'appelant soutenait par ailleurs que la peine serait disproportionnée puisque les tribunaux infligent généralement des peines concurrentes pour l'infraction matérielle et le complot visant sa perpétration. Il faisait valoir qu'il purgerait dans les faits des peines consécutives pour ces infractions. Or, selon le juge Laskin, la proportionnalité ne représente une considération pertinente que lorsque la peine est si sévère qu'elle va à l'encontre de ce qui est juste et équitable. La peine encourue par l'appelant était loin d'être aussi sévère, d'autant plus que l'acte d'accusation déposé aux États-Unis avait été pris en compte lors de la détermination de la peine au Canada.

III. Analysis

[19] In his appeal to this Court, the appellant argues that the Minister's decision should be set aside solely on the basis that extradition would unjustifiably infringe his rights under s. 6(1) of the *Charter*. He submits that none of the important objectives of extradition would be advanced by a decision to order his surrender. In particular, he argues that the Minister erred in concluding that Canada did not have jurisdiction to prosecute the offence and that he has in fact already been prosecuted and sentenced in Canada for the very conduct underlying the U.S. indictment. The appellant adds that the Minister failed to consider the factors weighing against surrender and that the Minister's reasons were therefore insufficient. He contends that the Minister's decision should be reviewed on a correctness standard and that, in light of these alleged errors, the Minister's decision was incorrect and must be set aside.

III. Analyse

[19] L'appelant plaide devant notre Cour que la décision du ministre devrait être infirmée au seul motif que l'extradition porterait atteinte de manière injustifiée aux droits que lui garantit le par. 6(1) de la *Charte*. Il prétend que son extradition ne servirait aucun des objectifs importants d'une telle mesure. Plus particulièrement, le ministre aurait conclu à tort que le Canada n'avait pas compétence pour engager la poursuite et l'appelant aurait déjà été jugé et puni au Canada pour les actes qui lui sont reprochés aux États-Unis. Qui plus est, le ministre n'aurait pas tenu compte des facteurs défavorables à l'extradition, de sorte que ses motifs seraient insuffisants. L'appelant ajoute que la norme de contrôle judiciaire est celle de la décision correcte et qu'à la lumière de ces erreurs, la décision du ministre était incorrecte et devait donc être annulée.

A. *Issues*

[20] The issues to be resolved in this appeal are (1) the appropriate standard of review for the Minister's decision when a fugitive's *Charter* rights are engaged and (2) whether, in light of that standard, the Minister's decision should be upheld or set aside. As mentioned above, a related issue is whether the Minister provided sufficient reasons for his decision. Before we consider the standard, it will be necessary to review the nature of

A. *Les questions en litige*

[20] Notre Cour est appelée à trancher les questions suivantes : (1) à quelle norme de contrôle la décision du ministre est-elle assujettie lorsque les droits constitutionnels d'un fugitif sont en jeu et, (2) au regard de cette norme, la décision du ministre en l'espèce doit-elle être confirmée ou annulée? À cela s'ajoute, je le rappelle, la question connexe de savoir si le ministre a suffisamment justifié sa décision. Toutefois, avant de déterminer la norme

the extradition process and its status under the *Charter.*

B. *Process of Extradition From Canada*

[21] The process of extradition from Canada has two stages: a judicial one and an executive one. The first stage consists of a committal hearing at which a committal judge assesses the evidence and determines (1) whether it discloses a *prima facie* case that the alleged conduct constitutes a crime both in the requesting state and in Canada and that the crime is the type of crime contemplated in the bilateral treaty; and (2) whether it establishes on a balance of probabilities that the person before the court is in fact the person whose extradition is sought. In addition, s. 25 of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18 (formerly s. 9(3) of the *Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23), empowers the committal judge to grant a remedy for any infringement of the fugitive's *Charter* rights that may occur at the committal stage: *Kwok*, at para. 57.

[22] After an individual has been committed for extradition, the Minister reviews the case to determine whether the individual should be surrendered to the requesting state. This stage of the process has been characterized as falling "at the extreme legislative end of the *continuum* of administrative decision-making" and is viewed as being largely political in nature: *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at p. 659. Nevertheless, the Minister's discretion is not absolute. It must be exercised in accordance with the restrictions set out in the *Extradition Act*, as well as with the *Charter.*

[23] Section 44(1) of the *Extradition Act* compels the Minister to refuse surrender when he is satisfied that

> **44.** (1) . . .
>
> (*a*) the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances; or
>
> (*b*) the request for extradition is made for the purpose of prosecuting or punishing the person by reason of their race, religion, nationality, ethnic

de contrôle applicable, notre Cour doit se pencher sur la nature de la procédure d'extradition et sur son assujettissement à la *Charte.*

B. *La procédure d'extradition du Canada*

[21] Au Canada, la procédure d'extradition comporte deux étapes, l'une relevant du judiciaire, l'autre de l'exécutif. Dans un premier temps, à l'audience relative à l'incarcération, un juge apprécie la preuve et détermine (1) si elle établit à première vue que les actes reprochés constituent un crime dans l'État requérant et au Canada et que ce crime est l'un de ceux que vise le traité bilatéral, puis il détermine (2) si la preuve établit, selon la prépondérance des probabilités, que la personne dont on demande l'extradition est bien celle qui se trouve devant lui. En outre, l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18 (qui a remplacé le par. 9(3) de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23), lui confère le pouvoir d'accorder réparation pour toute atteinte aux droits constitutionnels du fugitif constatée à cette étape : arrêt *Kwok*, par. 57.

[22] Une fois l'incarcération ordonnée, le ministre examine le dossier afin de déterminer si la personne devrait être livrée à l'État requérant. Cette démarche se situe « à l'extrême limite législative du processus décisionnel administratif » et revêt essentiellement un caractère politique : *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 659. Le pouvoir discrétionnaire du ministre n'est cependant pas absolu. En effet, il doit être exercé à l'intérieur des limites établies par la *Loi sur l'extradition* et par la *Charte.*

[23] Aux termes du par. 44(1) de la *Loi sur l'extradition*, le ministre refuse l'extradition s'il est convaincu que :

> **44.** (1) . . .
>
> *a*) soit l'extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances;
>
> *b*) soit la demande d'extradition est présentée dans le but de poursuivre ou de punir l'intéressé pour des motifs fondés sur la race, la nationalité, l'origine

origin, language, colour, political opinion, sex, sexual orientation, age, mental or physical disability or status or that the person's position may be prejudiced for any of those reasons.

[24] Although a detailed discussion on the nature of the relationship between s. 44(1) of the *Extradition Act* and s. 7 of the *Charter* will not be necessary for the purposes of this appeal, it is evident that similar considerations may often apply to both these provisions and that the protections they afford overlap somewhat. Where surrender would be contrary to the principles of fundamental justice, it will also be unjust and oppressive: *Bonamie, Re* (2001), 293 A.R. 201 (C.A.). Where extradition is sought for the purpose of persecuting an individual on the basis of a prohibited ground, ordering surrender would be contrary to the principles of fundamental justice: *United States of Mexico v. Hurley* (1997), 35 O.R. (3d) 481 (C.A.), at pp. 496-97.

[25] Section 43(1) of the *Extradition Act* provides that an individual who has been committed for extradition may make submissions against surrender to the Minister and the Minister must consider them before making his decision. If the Minister decides to order surrender, he is required to give the individual reasons for his decision: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. In particular, the Minister must respond to any submissions against surrender made by the individual and explain why he disagrees: *United States of America v. Taylor* (2003), 175 C.C.C. (3d) 185 (B.C.C.A.).

[26] The individual is entitled to appeal against the order of committal and to apply for judicial review of the Minister's decision to order surrender. The grounds for appealing the committal order are set out in s. 49 of the *Extradition Act*: an appeal may be filed in a provincial court of appeal on a ground involving a question of law or may be filed, with leave, on a ground involving a question of fact or mixed law and fact, or on any other ground of appeal. Section 57(7) provides that the grounds for judicial review of the Minister's decision to order surrender are those on which the Federal Court

ethnique, la langue, la couleur, la religion, les convictions politiques, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap physique ou mental ou le statut de l'intéressé, ou il pourrait être porté atteinte à sa situation pour l'un de ces motifs.

[24] Même si, pour les besoins du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire d'analyser en détail le lien entre le par. 44(1) de la *Loi sur l'extradition* et l'art. 7 de la *Charte*, il est clair que l'application des deux dispositions soulève souvent des questions semblables et que les garanties qu'elles accordent sont susceptibles de se recouper partiellement. L'extradition contraire aux principes de justice fondamentale est également injuste et tyrannique : *Bonamie, Re* (2001), 293 A.R. 201 (C.A.). Lorsqu'elle est demandée dans le but de persécuter une personne pour un motif de distinction illicite, l'extradition viole aussi les principes de justice fondamentale : *United States of Mexico c. Hurley* (1997), 35 O.R. (3d) 481 (C.A.), p. 496-497.

[25] Le paragraphe 43(1) de la *Loi sur l'extradition* dispose que la personne incarcérée en vue de son extradition peut présenter des observations à l'encontre de la mesure et que le ministre en tient compte pour rendre sa décision. S'il tranche en faveur de l'extradition, le ministre doit communiquer à l'intéressé les motifs de sa décision : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. Plus précisément, il doit répondre à chacune des observations formulées contre l'extradition et expliquer son désaccord avec celles-ci : *United States of America c. Taylor* (2003), 175 C.C.C. (3d) 185 (C.A.C.-B.).

[26] L'intéressé peut en appeler de l'ordonnance d'incarcération et demander le contrôle judiciaire de l'arrêté d'extradition. Suivant l'art. 49 de la *Loi sur l'extradition*, il peut aussi se pourvoir contre l'incarcération devant la cour d'appel de la province en invoquant une question de droit ou, avec l'autorisation de la cour d'appel, une question de fait, une question de droit et de fait ou tout autre motif. Le paragraphe 57(7) prévoit que la cour d'appel de la province peut réviser sa décision pour les mêmes motifs que la Cour fédérale en application du par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C.

may grant relief under s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. Thus, under s. 57(2), judicial assessment of the Minister's decision by the court of appeal is a form of administrative law review and must be conducted in accordance with the applicable administrative law standard. As I will explain below, it is my view that the applicable standard is reasonableness.

C. *Extradition and the Charter*

[27] In determining whether surrender is consistent with the *Charter*, the Minister must consider many factors, including Canada's international obligations and its relationships with foreign governments. The need to fulfil Canada's obligations in relation to extradition is always a crucial factor precisely because of the important objectives of the extradition regime. La Forest J. elaborated on these objectives, and on the importance of international co-operation in achieving them, in *Cotroni*, at p. 1485:

> The investigation, prosecution and suppression of crime for the protection of the citizen and the maintenance of peace and public order is an important goal of all organized societies. The pursuit of that goal cannot realistically be confined within national boundaries. That has long been the case, but it is increasingly evident today. Modern communications have shrunk the world and made McLuhan's global village a reality. The only respect paid by the international criminal community to national boundaries is when these can serve as a means to frustrate the efforts of law enforcement and judicial authorities. The trafficking in drugs, with which we are here concerned, is an international enterprise and requires effective tools of international cooperation for its investigation, prosecution and suppression. Extradition is an important and well-established tool for effecting this cooperation.

[28] In *Cotroni*, this Court held that while extradition constitutes a *prima facie* infringement of a Canadian citizen's mobility rights under s. 6(1) of the *Charter*, that infringement can be justified under s. 1. After canvassing the important objectives of extradition, La Forest J., for the majority, rejected the argument that extraditing a Canadian citizen to face charges on which he can be prosecuted in

1985, ch. F-7. La révision de la décision du ministre par la cour d'appel que prévoit le par. 57(2) relève donc du contrôle de l'action administrative et doit être effectuée au regard de la norme applicable en la matière. Comme je l'explique ci-après, j'estime que cette norme est celle de la décision raisonnable.

C. *L'extradition et la Charte*

[27] Pour déterminer si l'extradition respecte la *Charte*, le ministre tient compte de nombreux facteurs, dont les obligations internationales du Canada et ses relations avec les gouvernements étrangers. Le respect des obligations de l'État canadien en matière d'extradition demeure primordial en raison précisément des objectifs importants du régime de l'extradition. Dans l'arrêt *Cotroni*, le juge La Forest a expliqué ces objectifs et l'importance de la coopération internationale pour les atteindre (p. 1485) :

> Les enquêtes et les poursuites criminelles ainsi que la répression du crime pour la protection des citoyens et le maintien de la paix et de l'ordre public constituent un objectif important de toute société organisée. Il ne serait pas réaliste que la poursuite de cet objectif se confine à l'intérieur de frontières nationales. Il en est ainsi depuis longtemps, mais cela est de plus en plus évident aujourd'hui. Les communications ont éliminé les distances et ont fait du [TRADUCTION] « village planétaire » de McLuhan une réalité. La communauté criminelle internationale ne respecte les frontières nationales que lorsqu'elles peuvent permettre de contrecarrer les efforts des autorités judiciaires et des organismes chargés d'appliquer la loi. Le trafic de drogues qui nous intéresse en l'espèce est une entreprise de niveau international dont les enquêtes et les poursuites y relatives ainsi que la répression, exigent le recours à des outils efficaces de coopération internationale. L'extradition est un outil de coopération important et bien établi.

[28] Dans cet arrêt, notre Cour a statué que même si l'extradition constitue une atteinte *prima facie* à la liberté de circulation et d'établissement des Canadiens garantie au par. 6(1) de la *Charte*, cette limitation peut être justifiée en vertu de l'article premier. Après avoir souligné les objectifs importants de l'extradition, le juge La Forest a rejeté au nom des juges majoritaires l'argument voulant

Canada is irrational. It may be easier to prosecute a Canadian citizen in a foreign jurisdiction owing to the availability of witnesses or evidence. In addition, the foreign jurisdiction may have a greater interest in prosecuting the offence. In concluding that the right was minimally impaired by the extradition process, he noted that "extradition practices have been tailored as much as possible for the protection of the liberty of the individual" (p. 1490).

[29] On the issue of where a fugitive should be prosecuted, La Forest J. stated that "to require judicial examination of each individual case to see which could more effectively and fairly be tried in one country or the other would pose an impossible task and seriously interfere with the workings of the system" (p. 1494). Citing this Court's decisions in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, and *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, he noted that prosecutorial discretion is consistent with the *Charter* and will not be interfered with absent evidence of improper or arbitrary motives. La Forest J. went on to list the considerations, now known as the "*Cotroni* factors", that will generally be considered in determining whether to prosecute in this country or to allow authorities in a foreign jurisdiction to seek extradition. These factors include:

- where was the impact of the offence felt or likely to be felt,
- which jurisdiction has the greater interest in prosecuting the offence,
- which police force played the major role in the development of the case,
- which jurisdiction has laid charges,
- which jurisdiction is ready to proceed to trial,
- where is the evidence located,

qu'il soit irrationnel de livrer à un pays étranger un citoyen canadien auquel on reproche des actes pour lesquels il pourrait être traduit en justice au Canada. Il peut s'avérer plus simple de poursuivre un citoyen canadien dans un ressort étranger parce que des témoins ou des éléments de preuve s'y trouvent. En outre, l'État étranger peut avoir un intérêt plus grand à traduire lui-même le criminel en justice. Après avoir conclu au caractère minimal de l'atteinte, le juge La Forest a fait observer que les « les pratiques d'extradition ont été façonnées autant que possible pour la protection de la liberté de l'individu » (p. 1490).

[29] À propos du choix du ressort dans lequel la poursuite devrait être intentée, le juge La Forest a dit qu'« exiger un examen judiciaire de chaque cas particulier pour découvrir lequel pourrait le plus efficacement et équitablement faire l'objet d'un procès dans un pays ou dans l'autre imposerait une tâche impossible et entraverait sérieusement le fonctionnement du système » (p. 1494). S'appuyant sur les arrêts *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, et *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, il a ajouté que la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire du poursuivant demeure conforme à la *Charte* et que les tribunaux devraient éviter d'intervenir dans son exercice, sauf preuve de motifs irréguliers ou arbitraires. Il a ensuite dressé la liste des facteurs — désormais associés à l'arrêt *Cotroni* — dont il est généralement tenu compte pour décider soit de poursuivre au Canada, soit de faire droit ou non à la demande d'extradition présentée par les autorités d'un pays étranger :

- le lieu où se sont fait sentir ou étaient susceptibles de se faire sentir les effets de l'infraction,
- le ressort ayant le plus grand intérêt à poursuivre l'auteur de l'infraction,
- le corps policier qui a joué le rôle le plus important dans la conduite de l'enquête,
- le ressort ayant porté les accusations,
- le ressort prêt à instruire le procès,
- le situs des éléments de preuve,

- whether the evidence is mobile,
- the number of accused involved and whether they can be gathered together in one place for trial,
- in what jurisdiction were most of the acts in furtherance of the crime committed,
- the nationality and residence of the accused,
- the severity of the sentence the accused is likely to receive in each jurisdiction.

[30] How relevant each of these factors is to the determination of the appropriate jurisdiction for prosecution may vary from case to case. Nothing in *Cotroni* suggests that these factors should be given equal weight or precludes a conclusion that a single factor is determinative in a particular case. The list merely identifies some of the factors that will tend to favour either extradition or prosecution in Canada. To instruct prosecutorial authorities on how to decide whether to prosecute would deprive the concept of prosecutorial discretion of all meaning. The responsibility for deciding which factors are determinative lies with the authorities themselves; the list serves simply to highlight the relevant factors. The exercise of prosecutorial discretion will be interfered with in only the clearest of cases, such as where there is evidence of bad faith or improper motives. Absent such evidence, the infringement of an individual's s. 6(1) mobility rights upon surrender will not be unjustified merely because the Minister has decided, rather than prosecuting the individual in Canada, to defer to the foreign authorities seeking extradition.

[31] The Minister is also often asked to consider whether surrender would violate an individual's rights under s. 7 of the *Charter*. The test that has been applied is whether ordering extradition would "shock the conscience" (*Schmidt*, at p. 522), or whether the fugitive faces "a situation that is simply unacceptable" (*Allard*, at p. 572). In *Schmidt*, La Forest J. emphasized that deference is owed to the Minister's assessment:

- la mobilité des éléments de preuve,
- le nombre d'accusés et la possibilité de les juger au même endroit,
- le ressort dans lequel ont été accomplis la plupart des actes à l'origine du crime,
- la nationalité et le domicile de l'accusé et
- le degré de sévérité de la peine encourue par l'accusé dans chacun des ressorts.

[30] L'incidence de chacun de ces facteurs sur la détermination du lieu de la poursuite varie selon le cas. Dans l'arrêt *Cotroni*, notre Cour ne décide pas qu'il faut leur attribuer une importance dans tous les cas ou qu'un seul ne saurait devenir déterminant dans une affaire donnée. Notre Cour y dresse simplement la liste de certains des facteurs qui militent en faveur soit de l'extradition soit de l'instruction du procès au pays. L'imposition d'un cadre directif au poursuivant sur la manière d'exercer son pouvoir de décider de poursuivre ou non au Canada viderait ce pouvoir discrétionnaire de son sens. Il appartient aux autorités chargées des poursuites d'arrêter les facteurs déterminants; la liste fait simplement état des éléments qui peuvent être pris en compte. Les tribunaux n'interviendront dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant que dans les cas les plus clairs, notamment lorsque la mauvaise foi ou l'irrégularité des motifs sera établie. Faute d'une telle preuve, la décision de ne pas poursuivre une personne au Canada, mais de la livrer aux autorités étrangères qui demandent son extradition n'emporte pas en soi la violation injustifiée de la liberté de circulation et d'établissement garantie au par. 6(1).

[31] Le ministre est par ailleurs souvent appelé à décider si l'extradition porterait atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Il se demande alors si la mesure « choquerait la conscience » (*Schmidt*, p. 522) ou si le fugitif ferait face « à une situation qui est simplement inacceptable » (*Allard*, p. 572). Dans l'arrêt *Schmidt*, le juge La Forest a insisté sur la déférence que justifie l'appréciation du ministre :

The courts have the duty to uphold the Constitution. Nonetheless, this is an area where the executive is likely to be far better informed than the courts, and where the courts must be extremely circumspect so as to avoid interfering unduly in decisions that involve the good faith and honour of this country in its relations with other states. In a word, judicial intervention must be limited to cases of real substance. [p. 523]

[32] In *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, the majority of this Court explained that the proper approach is to balance the factors for and against extradition in the circumstances in order to determine whether extradition would tend to "shock the conscience". In *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, the Court reaffirmed the *Kindler* approach but added that the words "shock the conscience" should not "be allowed to obscure the ultimate assessment that is required: namely whether or not the extradition is in accordance with the principles of fundamental justice" (para. 68). In making this assessment, the relevant factors may be specific to the fugitive, such as age or mental condition, or general, such as considerations associated with a particular form of punishment.

[33] In *Burns*, the issue was whether s. 7 requires that the Minister, before ordering surrender, seek assurances that the death penalty will not be imposed where the fugitive faces the possibility of being sentenced to death upon conviction in the requesting state. In concluding that such assurances are required in all but the most exceptional cases, the Court emphasized the serious philosophical and practical concerns regarding capital punishment that had been expressed by Canada and by the international community, noting in particular the fact that the death penalty is final and irreversible. In addition, the Minister was unable to "poin[t] to any public purpose that would be served by extradition *without* assurances that is not substantially served by extradition *with* assurances" (para. 125 (emphasis in original)). *Burns* thus serves as an example of the kind of critical circumstances in which a reviewing court will interfere with the Minister's decision.

Il incombe aux tribunaux de faire respecter la Constitution. Nous parlons néanmoins d'un domaine dans lequel l'exécutif sera vraisemblablement bien mieux renseigné que les tribunaux et dans lequel ces derniers doivent se montrer extrêmement circonspects afin d'éviter toute ingérence indue dans des décisions où il y va de la bonne foi et de l'honneur du Canada dans ses relations avec d'autres États. En un mot, l'intervention des tribunaux doit se limiter aux cas où cela s'impose réellement. [p. 523]

[32] Dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, les juges majoritaires de notre Cour ont expliqué qu'il convenait de soupeser les facteurs favorables et défavorables à l'extradition afin de déterminer si, dans les circonstances, la mesure était de nature à « choquer la conscience ». Dans l'arrêt *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283 2001 CSC 7, la Cour a confirmé la démarche adoptée dans *Kindler* en précisant toutefois que les mots « choc de la conscience » ne devaient pas « obscurcir la question qui doit être tranchée en bout de ligne, soit celle de savoir si l'extradition est compatible avec les principes de justice fondamentale » (par. 68). Les considérations pertinentes peuvent être propres au fugitif, comme son âge ou sa santé mentale, ou revêtir un caractère général, comme la nature de la peine encourue.

[33] Dans l'affaire *Burns*, notre Cour devait trancher la question de savoir si l'art. 7 exigeait du ministre, avant qu'il ne prenne un arrêté d'extradition, qu'il obtienne de l'État requérant l'assurance que le fugitif ne serait pas condamné à mort s'il était reconnu coupable des actes reprochés. En concluant qu'une telle garantie s'imposait sauf circonstances exceptionnelles, notre Cour a insisté sur les graves préoccupations philosophiques et pratiques exprimées par le Canada et la communauté internationale au sujet de la peine capitale, en particulier sur son caractère définitif et irréversible. Elle a ajouté que le ministre « n'a[vait] fait état d'aucun objectif d'intérêt public que servirait l'extradition des intimés *sans* les assurances prévues et que ne servirait pas également de façon substantielle leur extradition *assortie* de ces assurances » (par. 125 (souligné dans l'original)). Il s'agit d'un exemple de situation critique où la cour de révision modifiera la décision du ministre.

D. *Standard of Review*

[34] This Court has repeatedly affirmed that deference is owed to the Minister's decision whether to order surrender once a fugitive has been committed for extradition. The issue in the case at bar concerns the standard to be applied in reviewing the Minister's assessment of a fugitive's *Charter* rights. Reasonableness is the appropriate standard of review for the Minister's decision, regardless of whether the fugitive argues that extradition would infringe his or her rights under the *Charter*. As is evident from this Court's jurisprudence, to ensure compliance with the *Charter* in the extradition context, the Minister must balance competing considerations, and where many such considerations are concerned, the Minister has superior expertise. The assertion that interference with the Minister's decision will be limited to exceptional cases of "real substance" reflects the breadth of the Minister's discretion; the decision should not be interfered with unless it is unreasonable (*Schmidt*) (for comments on the standards of correctness and reasonableness, see *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, 2008 SCC 9).

[35] The appellant argues that where the decision to order surrender engages an individual's *Charter* rights, the appropriate standard of review is correctness. According to the appellant, though reviewing courts generally owe, and generally show, great deference to the Minister's decision, the Minister's assessment of the fugitive's *Charter* rights is entitled to no such deference. Although the appellant concedes that the Minister has superior expertise in relation to Canada's treaty obligations and international interests, he does not consider the Minister to have superior expertise where the constitutionality of his own decision is concerned. He adds that the reviewing court is the first point of access to *Charter* relief at the surrender stage, noting the following statement of Arbour J. in *Kwok*, at para. 80:

The Minister is required to respect a fugitive's constitutional rights in deciding whether to exercise his or her discretion to surrender the fugitive to the Requesting

D. *La norme de contrôle*

[34] Notre Cour a confirmé à maintes reprises que la déférence s'imposait à l'endroit de la décision du ministre de prendre ou non un arrêté d'extradition une fois le fugitif incarcéré. Elle doit aujourd'hui déterminer quelle norme de contrôle judiciaire s'applique à l'appréciation ministérielle des droits constitutionnels du fugitif. Cette norme demeure celle de la raisonnabilité, même lorsque le fugitif fait valoir que l'extradition porterait atteinte à ses droits constitutionnels. Il ressort de la jurisprudence de notre Cour que pour assurer le respect de la *Charte* dans le contexte d'une demande d'extradition, le ministre doit tenir compte de considérations opposées et possède à l'égard de bon nombre de celles-ci une plus grande expertise. L'affirmation selon laquelle les tribunaux n'interviendront que dans les cas exceptionnels où cela « s'impose réellement » traduit bien la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre. La décision ne doit en effet être modifiée que si elle est déraisonnable (*Schmidt*) (voir l'analyse de la norme de la décision correcte et de la norme de la décision raisonnable dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, 2008 CSC 9).

[35] L'appelant plaide que la norme de la décision correcte s'applique lorsque la décision d'ordonner l'extradition met en jeu les droits constitutionnels de l'intéressé. À son avis, même si la décision du ministre commande habituellement un degré élevé de déférence judiciaire, ce n'est pas le cas en ce qui concerne son appréciation des droits constitutionnels du fugitif. L'appelant reconnaît la supériorité de l'expertise du ministre à l'égard des obligations découlant de traités et des intérêts internationaux du Canada, mais non à propos de la constitutionnalité de ses propres décisions. Il ajoute qu'à l'étape de l'extradition, il appartient à la cour chargée de l'examen de sa décision de statuer sur toute demande de réparation fondée sur la *Charte*, et il cite le passage suivant de l'arrêt *Kwok* (par. 80, la juge Arbour) :

Le ministre est tenu de respecter les droits garantis par la Constitution au fugitif lorsqu'il décide, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, d'extrader ce

State. But the Minister cannot decide whether a *Charter* breach has occurred and, if so, grant the fugitive an appropriate remedy. That function is judicial, not ministerial. [See also para. 94.]

Finally, the appellant submits that although the Minister's assessment of a fugitive's *Charter* rights involves many factual considerations, it is fundamentally a legal matter. In my view, the appellant's arguments are flawed for the following reasons.

[36] First, it should be noted that in *Kwok*, Arbour J. was responding to an argument by the appellant in that case that s. 6(1) of the *Charter* is relevant at the committal stage. In support of this argument, Mr. Kwok had stated that the Minister is not a "'court of competent jurisdiction', empowered by the *Charter* to grant constitutional remedies": para. 80. Although she acknowledged that the Minister cannot grant remedies for a *Charter* breach, Arbour J. pointed out that the Minister's decision is subject to judicial review by the provincial court of appeal. If a *Charter* breach occurs, the appellate court is empowered to grant an appropriate remedy. However, this line of reasoning sheds no light on the standard the appellate court should apply in reviewing the Minister's decision in order to determine whether such a breach has occurred. It merely refutes the argument that any infringement of s. 6(1) rights must be assessed at the committal hearing.

[37] Second, the Minister's superior expertise in relation to Canada's international obligations and foreign affairs remains relevant to the review of his assessment of a fugitive's claim that extradition would violate his or her rights under the *Charter*. Whereas the Minister's discretion must be exercised in accordance with the *Charter*, his assessment of any *Charter* infringement that could result from ordering an individual's surrender is closely intertwined with his responsibility to ensure that Canada fulfills its international obligations. The right of a Canadian citizen under s. 6(1) to remain

dernier vers l'État requérant. Toutefois, le ministre n'est pas habilité à décider s'il y a eu violation de la *Charte* et, dans l'affirmative, à accorder au fugitif la réparation qui convient. Il s'agit là d'une fonction judiciaire et non pas ministérielle. [Voir également le par. 94.]

Enfin, l'appelant soutient que même si, dans l'appréciation des droits garantis par la *Charte* au fugitif, le ministre tient compte de nombreuses considérations de fait, il se prononce essentiellement sur une question de droit. J'estime pour ma part que l'argumentation de l'appelant est mal fondée, et ce, pour les motifs suivants.

[36] Premièrement, dans cette affaire, la juge Arbour répondait à l'argument de M. Kwok selon lequel le par. 6(1) de la *Charte* intervenait à l'étape de l'incarcération. L'appelant soutenait en effet que le ministre n'était pas un « "tribunal compétent", habilité par la *Charte* à accorder des réparations de nature constitutionnelle » (par. 80). Bien qu'elle ait reconnu que le ministre ne pouvait accorder de réparation pour la violation d'un droit garanti par la *Charte*, la juge Arbour a précisé que la décision du ministre pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire par la cour d'appel provinciale. En cas de violation d'un droit garanti par la *Charte*, la cour d'appel est habilitée à accorder la réparation appropriée. Toutefois, ce raisonnement ne permet aucunement de déterminer la norme de contrôle applicable par la cour d'appel pour décider si la violation d'un droit a eu lieu. Il permet seulement d'écarter l'argument voulant que le tribunal doive se prononcer sur toute allégation d'atteinte aux droits garantis par le par. 6(1) à l'audience relative à l'incarcération.

[37] Deuxièmement, la supériorité de l'expertise du ministre à l'égard des obligations internationales et des affaires étrangères du Canada doit également être prise en compte lors du contrôle judiciaire de sa décision sur l'allégation d'un individu selon laquelle l'extradition porterait atteinte à ses droits constitutionnels. Le ministre doit certes exercer son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la *Charte*, mais son appréciation de toute atteinte aux droits constitutionnels qu'entraîne un arrêté d'extradition reste étroitement liée à son obligation de veiller au respect par le Canada de ses obligations

in Canada is *prima facie* infringed by a decision to order that citizen's surrender for extradition, but the infringement can generally be justified under s. 1, as this Court held in *Cotroni*. In determining whether the infringement is justified, the Minister is required to consider not only "the possibility of prosecution in Canada, but also the interest of the foreign State in prosecuting the fugitive on its own territory": *Kwok*, at para. 93. Accordingly, the Minister's assessment of whether the infringement of s. 6(1) is justified rests largely on his decision whether Canada should defer to the interests of the requesting state. This is largely a political decision, not a legal one. The legal threshold for finding it unacceptable is evidence that the decision not to prosecute in Canada was made for improper or arbitrary motives. This leaves room for considerable deference to the Minister's conclusion that the infringement of s. 6(1) is justified.

[38] Similarly, the Minister's assessment of whether extradition accords with the fugitive's s. 7 rights involves a balancing test. As I mentioned above, the Minister must weigh the factors for and against extradition to determine whether the circumstances are such that extradition would "shock the conscience". In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, this Court considered the appropriate standard of review for the Minister's decision whether a refugee faces a substantial risk of torture upon deportation. In its view, the Minister's decision in that context requires a fact-driven inquiry involving the weighing of various factors and possessing a "negligible legal dimension" (para. 39). Accordingly, the Court concluded that the Minister's decision would be entitled to deference upon judicial review.

[39] Whether extradition would "shock the conscience" involves a similar type of inquiry. The Minister must balance the individual's circumstances and the consequences of extradition against such factors as the seriousness of the offence for

internationales. L'extradition porte à première vue atteinte au droit que le par. 6(1) confère à un citoyen canadien de demeurer au Canada. Toutefois, cette atteinte est généralement susceptible de justification en vertu de l'article premier (arrêt *Cotroni*). Pour déterminer si la violation est justifiée, le ministre doit prendre en compte non seulement « la possibilité d'intenter des poursuites au Canada mais également l'intérêt de l'État étranger à poursuivre sur son propre territoire le fugitif demandé » : *Kwok*, par. 93. Par conséquent, lorsqu'il se prononce sur la justification de la violation du droit garanti au par. 6(1), le ministre se fonde en grande partie sur sa décision de reconnaître ou non la priorité de l'intérêt de l'État requérant. Il s'agit essentiellement d'une décision politique, et non juridique. Au regard du droit, cette décision devient inacceptable lorsqu'il est établi que la décision de ne pas poursuivre au Canada s'appuie sur des motifs irréguliers ou arbitraires. Pour ces raisons, la conclusion du ministre selon laquelle la violation du droit conféré au par. 6(1) est justifiée commande un degré élevé de déférence.

[38] De même, l'examen de la conformité de la procédure d'extradition aux droits reconnus au fugitif par l'art. 7 suppose lui aussi une pondération. Le ministre doit en effet soupeser les facteurs favorables et défavorables à la mesure pour déterminer si elle « choquerait la conscience » dans le cas considéré. Dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, notre Cour s'est penchée sur la norme de contrôle applicable à la décision du ministre à propos de l'existence d'un risque sérieux de torture en cas d'expulsion d'un réfugié. La décision tient en grande partie aux faits, et le ministre doit soupeser divers facteurs dont l'« aspect juridique est négligeable » (par. 39). Notre Cour a donc conclu que la décision du ministre commandait la déférence judiciaire.

[39] La question de savoir si l'extradition « choquerait la conscience » suppose une démarche semblable. Le ministre doit soupeser, d'une part, la situation de l'intéressé et les conséquences de son extradition et, d'autre part, des éléments comme

which extradition is sought and the importance of meeting Canada's international obligations and generally ensuring that Canada is not used as a safe haven by fugitives from justice. This inquiry will also often involve consideration of the protections that would be available to the fugitive and the conditions he or she would face in the requesting state. To say, as does the appellant in the instant case, that the decision whether surrender would unjustifiably infringe a fugitive's *Charter* rights remains fundamentally a legal matter is to disregard the reality that *all* executive and administrative decisions involving one's rights are in essence "legal matters". Yet not all such decisions are subject to judicial review on a correctness standard. The decision in issue in *Suresh* was clearly a legal matter. The Court concluded that deference was owed to the Minister's decision because it was based primarily on the Minister's assessment of the facts; there was generally no need for the court to re-weigh the facts. The same is true in the extradition context.

[40] The appellant also pointed to several decisions of the British Columbia Court of Appeal in which the Minister's assessment of a fugitive's *Charter* rights and of whether extradition would be unjust or oppressive within the meaning of s. 44(1)(*a*) of the *Extradition Act* was reviewed on a correctness standard: *Stewart v. Canada (Minister of Justice)* (1998), 131 C.C.C. (3d) 423; *United States of America v. Gillingham* (2004), 184 C.C.C. (3d) 97; *United States of America v. Maydak* (2004), 190 C.C.C. (3d) 71; *United States of America v. Kunze* (2005), 194 C.C.C. (3d) 422; *Hanson v. Canada (Minister of Justice)* (2005), 195 C.C.C. (3d) 46; *United States of America v. Fordham* (2005), 196 C.C.C. (3d) 39; *Ganis v. Canada (Minister of Justice)* (2006), 216 C.C.C. (3d) 337. In *Stewart*, the first case in which a court held that the appropriate standard was correctness, Donald J.A. expressed the concern that "[i]f deference were accorded [the Minister's] assessment of the constitutional validity of [his] own act then I believe that judicial review would be unacceptably attenuated" (para. 18). With respect, this concern is misplaced. It rests on an

la gravité de l'infraction à l'origine de la demande d'extradition ainsi que l'importance de veiller à ce que le Canada respecte ses obligations internationales et, de manière générale, à ce qu'il ne devienne pas un refuge pour les fugitifs recherchés par la justice. L'appréciation englobera souvent en outre les garanties offertes au fugitif dans l'État requérant et la réalité à laquelle il devra faire face dans ce pays. L'appelant affirme en l'espèce que déterminer si l'extradition porterait indûment atteinte à ses droits constitutionnels demeure foncièrement une question de droit. Il oublie que *toutes* les décisions de l'exécutif et de l'Administration touchant aux droits d'une personne sont essentiellement des « questions de droit ». Or, elles ne sont pas toutes susceptibles de contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte. Dans l'affaire *Suresh*, la décision en cause portait clairement sur une question de droit. Notre Cour a conclu que la déférence s'imposait parce que la décision du ministre reposait principalement sur son appréciation des faits. En règle générale, la réévaluation de son appréciation des faits ne se justifie pas. Il en va de même en matière d'extradition.

[40] L'appelant invoque également un certain nombre de décisions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique où l'appréciation ministérielle des droits constitutionnels d'un fugitif et du caractère injuste ou tyrannique de l'extradition au sens de l'al. 44(1)*a*) de la *Loi sur l'extradition* a fait l'objet d'un contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte : *Stewart c. Canada (Minister of Justice)* (1998), 131 C.C.C. (3d) 423; *United States of America c. Gillingham* (2004), 184 C.C.C. (3d) 97; *United States of America c. Maydak* (2004), 190 C.C.C. (3d) 71; *United States of America c. Kunze* (2005), 194 C.C.C. (3d) 422; *Hanson c. Canada (Minister of Justice)* (2005), 195 C.C.C. (3d) 46; *United States of America c. Fordham* (2005), 196 C.C.C. (3d) 39; *Ganis c. Canada (Minister of Justice)* (2006), 216 C.C.C. (3d) 337. Dans l'affaire *Stewart* — la première dans laquelle la norme de la décision correcte a été retenue —, le juge Donald a affirmé craindre que [TRADUCTION] « la portée du contrôle judiciaire ne soit atténuée de manière inacceptable si la déférence s'imposait à l'égard de l'appréciation [par le ministre] de la constitutionnalité

incorrect understanding of the Minister's role in assessing the interests at stake in the extradition context. It is also inconsistent with this Court's jurisprudence on the judicial review of extradition decisions.

[41] Reasonableness does not require blind submission to the Minister's assessment; however, the standard does entail more than one possible conclusion. The reviewing court's role is not to reassess the relevant factors and substitute its own view. Rather, the court must determine whether the Minister's decision falls within a range of reasonable outcomes. To apply this standard in the extradition context, a court must ask whether the Minister considered the relevant facts and reached a defensible conclusion based on those facts. I agree with Laskin J.A. that the Minister must, in reaching his decision, apply the correct legal test. The Minister's conclusion will not be rational or defensible if he has failed to carry out the proper analysis. If, however, the Minister has identified the proper test, the conclusion he has reached in applying that test should be upheld by a reviewing court unless it is unreasonable. This approach does not minimize the protection afforded by the *Charter*. It merely reflects the fact that in the extradition context, the proper assessments under ss. 6(1) and 7 involve primarily fact-based balancing tests. Given the Minister's expertise and his obligation to ensure that Canada complies with its international commitments, he is in the best position to determine whether the factors weigh in favour of or against extradition.

E. *Application to the Facts of This Case*

[42] The appellant asks that the Minister's decision be set aside on the basis that extradition would constitute an unjustified infringement of his rights under s. 6(1) of the *Charter*. As I explained above, s. 6(1) requires the Minister to consider the possibility of prosecution in Canada. The Minister concluded that Canada did not have jurisdiction to prosecute

de [sa] propre mesure » (par. 18). En tout respect, je crois que cette crainte était sans fondement. Elle découle d'une interprétation erronée de la fonction qu'exerce le ministre lorsqu'il soupèse les intérêts en jeu dans le contexte d'une demande d'extradition. Elle est aussi incompatible avec la jurisprudence de notre Cour relative au contrôle judiciaire d'une décision en matière d'extradition.

[41] La norme de la raisonnabilité n'exige pas l'adhésion aveugle à l'appréciation ministérielle. Au contraire, elle admet la possibilité de plus d'une conclusion. Il n'appartient pas à la cour de révision de substituer sa propre appréciation des considérations pertinentes. Cette cour doit plutôt déterminer si la décision du ministre se situe dans le cadre des solutions raisonnables possibles. La cour qui applique cette norme dans le contexte d'une demande d'extradition doit alors déterminer si le ministre a tenu compte des faits pertinents et tiré une conclusion susceptible de se justifier au regard de ces faits. À l'instar du juge Laskin de la Cour d'appel, j'estime que le ministre doit se prononcer en appliquant la norme juridique appropriée. Sans l'analyse voulue, la conclusion ministérielle n'est ni rationnelle ni justifiable. Or, lorsque le ministre a choisi le bon critère, sa conclusion devrait être confirmée par la cour à moins qu'elle ne soit déraisonnable. Cette approche ne diminue pas la protection offerte par la *Charte*. Elle signifie tout simplement que les évaluations des droits et intérêts protégés par le par. 6(1) et l'art. 7 en matière d'extradition supposent des pondérations essentiellement dépendantes de l'appréciation des faits en cause. L'expertise du ministre en la matière et son obligation de veiller au respect des obligations internationales du Canada le rendent plus apte à déterminer si les facteurs pertinents militent ou non en faveur de l'extradition.

E. *Application aux faits de l'espèce*

[42] L'appelant demande l'annulation de la décision du ministre au motif que l'extradition porterait indûment atteinte aux droits que lui confère le par. 6(1) de la *Charte*. Comme je l'ai expliqué, cette disposition exige du ministre qu'il examine la possibilité d'une poursuite au pays. Le ministre a conclu que le Canada n'avait pas compétence

the appellant for the substantive offence of trafficking that was based on the conduct that occurred in Detroit on September 22, 1997. However, he went on to say that regardless of whether or not Canada had jurisdiction to prosecute the appellant for that conduct, he would defer to the greater interest of the United States. Assuming, for the sake of argument, that Canada does have jurisdiction to prosecute the appellant, the issue is whether it was reasonable for the Minister to conclude that his extradition to the United States constitutes a justifiable infringement of his s. 6(1) rights.

[43] The appellant did not press the argument before this Court that he would be entitled to plead *autrefois convict* if he were actually to be charged in Canada with the substantive offence of trafficking in relation to the transaction of September 22, 1997. Nor did he argue that the Minister's decision conflicted with Art. 4 of the Treaty, which prohibits extradition if the fugitive has already been convicted of or discharged for the alleged offence. Rather, the appellant focusses on the allegation that it would be unfair to extradite him on the trafficking charge, because he has already been prosecuted and sentenced in Canada. This, he argues, is a relevant factor to be considered in determining whether the infringement of his s. 6(1) rights can be justified under s. 1.

[44] In my view, the Minister's conclusion was not unreasonable. The appellant was not charged with the substantive offence of trafficking in relation to the transaction of September 22, 1997. Although it is true that he was charged with conspiracy to traffic in narcotics on dates that included September 22, 1997, a charge of conspiracy does not subsume the substantive offence. An individual may be convicted both of conspiracy and of the substantive offence that was the object of that conspiracy: *Sheppe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 22. If an accused is convicted on both charges, the usual order is that the sentences be served concurrently. However, even if an accused is charged only with conspiracy, evidence that he or she actually committed the substantive offence will generally lead to a harsher sentence than if the accused had conspired to commit it but had not actually done so.

pour inculper l'appelant de l'infraction matérielle de trafic relativement aux actes commis à Detroit le 22 septembre 1997. Il a cependant ajouté qu'il s'inclinait devant l'intérêt supérieur des États-Unis à cet égard, que le Canada ait ou non compétence pour inculper l'appelant. À supposer que le Canada ait eu compétence pour poursuivre l'appelant, la question reste de savoir si le ministre pouvait raisonnablement conclure que son extradition vers les États-Unis ne constitue pas une atteinte injustifiée aux droits garantis au par. 6(1).

[43] Devant notre Cour, l'appelant n'a pas plaidé qu'il pourrait invoquer la défense d'autrefois convict s'il était effectivement inculpé au Canada de l'infraction matérielle de trafic relativement à l'opération du 22 septembre 1997. Il n'a pas non plus soutenu que la décision du ministre violait l'art. 4 du Traité, qui dispose que l'extradition ne peut être accordée si le fugitif a déjà été reconnu coupable ou acquitté des actes qui lui sont reprochés. L'appelant a plutôt prétendu qu'il serait inéquitable de l'extrader sur le fondement de l'accusation de trafic étant donné qu'il avait déjà été jugé et condamné au Canada. Il s'agit selon lui d'un élément pertinent à considérer pour déterminer si la violation de ses droits garantis au par. 6(1) peut se justifier en vertu de l'article premier.

[44] J'estime que la conclusion du ministre n'était pas déraisonnable. L'appelant n'a pas été inculpé de l'infraction matérielle de trafic en liaison avec l'opération du 22 septembre 1997. Il a certes été accusé de complot en vue du trafic de stupéfiants à différentes dates, dont le 22 septembre 1997, mais le complot n'englobe pas l'infraction matérielle. Il est possible d'être reconnu coupable à la fois du complot et de l'infraction matérielle qui en fait l'objet : *Sheppe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 22. Si l'accusé est reconnu coupable des deux chefs, il est généralement condamné à des peines concurrentes. Toutefois, la preuve qu'une personne accusée de complot a bel et bien commis l'infraction matérielle donnera généralement lieu à une peine plus sévère que s'il y avait eu seulement complot.

[45] The Minister was of the view that the Canadian sentence did not reflect the fact that the appellant had committed the substantive offence. After reviewing the transcript of the sentencing hearing and the agreed statement of facts, the Minister noted that the sentencing judge had made no reference to the U.S. indictment and that Crown counsel had advised the court that he was seeking a *reduced* sentence in light of that indictment. Although the agreed statement of facts does make reference to the transaction of September 22, 1997, the clear implication of Crown counsel's words at the sentencing hearing was that he was not seeking to punish the appellant for the Detroit transaction precisely because he expected the appellant to be punished for that offence in the United States. The relevant part of the transcript reads as follows:

> What Mr. Lake faces is prosecution with respect to this charge in the United States, in which the evidence is compelling. And the likelihood of him being convicted in the United States as a result of the events of September 22, 1997, are high. The crown has taken that into account with respect to looking at the entire situation. And that was a motivating factor as far as the crown was concerned with respect to this sentence which I acknowledge is on the low end of the range with respect to these types of offences. [A.R., at p. 85]

In my view, it was reasonable for the Minister to conclude, relying upon the transcript of the sentencing hearing, that the appellant had not already been punished for the conduct underlying the U.S. indictment.

[46] As for the adequacy of the Minister's reasons, while I agree that the Minister has a duty to provide reasons for his decision, those reasons need not be comprehensive. The purpose of providing reasons is twofold: to allow the individual to understand why the decision was made; and to allow the reviewing court to assess the validity of the decision. The Minister's reasons must make it clear that he considered the individual's submissions against extradition and must provide some basis for understanding why those submissions were rejected. Though the Minister's *Cotroni* analysis was brief in the instant case, it was in my view sufficient. The Minister is not required to provide a detailed

[45] Le ministre a estimé que la peine infligée à l'appelant au Canada ne tenait pas compte de la perpétration de l'infraction matérielle. À la lecture de la transcription de l'audience de détermination de la peine et de l'exposé conjoint des faits, il a constaté que le juge n'avait pas fait mention de l'accusation portée aux États-Unis, mais que le ministère public lui avait signalé qu'une peine *réduite* était demandée en raison de cette inculpation. Même si l'exposé conjoint des faits renvoie à l'opération du 22 septembre 1997 à Detroit, le ministère public a clairement expliqué à l'audience de détermination de la peine qu'il ne demandait pas de condamnation pour cette infraction parce qu'il s'attendait à ce qu'une peine soit infligée à l'appelant aux États-Unis. Voici l'extrait pertinent de la transcription :

> [TRADUCTION] Monsieur Lake s'expose à un procès aux États-Unis sous ce chef d'accusation, et les éléments de preuve réunis contre lui sont convaincants. Et il est fort probable qu'il fasse l'objet d'une déclaration de culpabilité pour les faits du 22 septembre 1997. Le ministère public en a tenu compte en examinant l'ensemble de la situation. D'ailleurs, il s'agit d'un des motifs pour lesquels le ministère public recommande cette peine qui — je le reconnais — est plutôt clémente pour de telles infractions. [d.a., p. 85]

À mon sens, le ministre pouvait raisonnablement conclure, sur la foi de la transcription de l'audience de détermination de la peine, que l'appelant n'avait pas déjà été puni pour les faits à l'origine de l'accusation portée aux États-Unis.

[46] Par ailleurs, je conviens que le ministre est tenu de motiver sa décision, mais ses motifs ne doivent pas être exhaustifs pour être suffisants. Deux objectifs sous-tendent son obligation : permettre à l'intéressé de comprendre la décision et à la cour de révision d'apprécier le bien-fondé de celle-ci. Les motifs doivent clairement indiquer que le ministre a pris en considération les arguments défavorables à l'extradition présentés par l'intéressé et permettre de comprendre pourquoi il les a rejetés. En l'espèce, malgré son caractère succinct, l'analyse du ministre fondée sur l'arrêt *Cotroni* suffisait. Le ministre n'est pas tenu d'analyser chacun des facteurs dans le détail. Une justification axée sur les facteurs jugés

analysis for every factor. An explanation based on what the Minister considers the most persuasive factors will be sufficient for a reviewing court to determine whether his conclusion was reasonable.

[47] In the case at bar, the Minister stated that he had considered the *Cotroni* factors, and in reaching his conclusion he emphasized that the alleged conduct had occurred in the United States:

> . . . I would yield to the superior interest of the United States of America in prosecuting this matter. The evidence alleges that Mr. Lake trafficked cocaine within the boundaries of the United States of America. The United States of America is entitled to seek to protect its own public and maintain public confidence in its laws and criminal justice system through prosecution. [A.R., at p. 17]

[48] Although the *locus delicti* may not always be determinative, in this case, there is nothing unreasonable about the Minister's conclusion. There is no other factor that would clearly outweigh the fact that the alleged conduct occurred in the United States. The appellant points to the severity of the punishment he will face upon conviction in the United States. However, this Court has upheld other decisions by the Minister to extradite individuals who face long prison sentences for drug offences: *United States of America v. Jamieson*, [1996] 1 S.C.R. 465; *United States of America v. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99 (Ont. C.A.), aff'd by and reasons adopted at [1996] 1 S.C.R. 467; *Ross v. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500 (B.C.C.A.), aff'd by and reasons adopted at [1996] 1 S.C.R. 469. The sentence does not on its own provide a sufficient basis for interfering with a decision by the Minister to surrender a fugitive for extradition. The Minister's deference to the United States owing to the fact that the alleged conduct occurred within its territory provides a sufficient basis for concluding that his decision was reasonable.

IV. Conclusion

[49] In light of this Court's jurisprudence, it is clear that a reviewing court owes deference to a

plus décisifs permet à la cour de révision de statuer sur la raisonnabilité de la conclusion.

[47] Dans la présente affaire, le ministre a affirmé avoir tenu compte des facteurs énoncés dans l'arrêt *Cotroni*. Pour arriver à sa conclusion, il a insisté sur le fait que les actes reprochés avaient eu lieu aux États-Unis :

> [TRADUCTION] . . . je céderais le pas à l'intérêt supérieur des États-Unis d'Amérique à poursuivre M. Lake. Il appert de la preuve que ce dernier s'est livré au trafic de cocaïne sur le territoire des États-Unis d'Amérique. L'État requérant est en droit de poursuivre afin d'assurer la protection de ses citoyens et de préserver leur confiance dans les lois et le système de justice pénale. [d.a., p. 17]

[48] Le lieu de l'infraction n'est pas toujours déterminant, mais la conclusion du ministre n'a rien de déraisonnable en l'espèce. Aucun autre élément ne l'emporte clairement sur le fait que les actes reprochés sont survenus aux États-Unis. L'appelant invoque la sévérité de la peine qu'il encourt aux États-Unis. Or, notre Cour a déjà confirmé des arrêtés d'extradition visant des individus passibles de longues peines d'emprisonnement pour des infractions liées à la drogue : *États-Unis d'Amérique c. Jamieson*, [1996] 1 R.C.S. 465; *United States of America c. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99 (C.A. Ont.), confirmé (et motifs retenus) dans [1996] 1 R.C.S. 467; *Ross c. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500 (C.A.C.-B.), confirmé (et motifs retenus) dans [1996] 1 R.C.S. 469. La peine redoutée par un fugitif ne constitue pas en soi un motif suffisant de revenir sur la décision du ministre d'ordonner son extradition. Le fait que le ministre juge préférable de respecter l'intérêt prioritaire des États-Unis parce que les actes reprochés ont eu lieu dans ce pays constitue un motif suffisant de conclure à la raisonnabilité de sa décision.

IV. Conclusion

[49] Au vu de la jurisprudence de notre Cour, il ne fait aucun doute que la cour de révision doit

decision by the Minister to order surrender, including the Minister's assessment of the individual's *Charter* rights. Although the Minister must apply the proper legal principles, his decision should be upheld unless it is unreasonable. In the case at bar, the Minister identified the proper test and provided reasons that were sufficient to indicate the basis for his decision to order the appellant's surrender. In my view, his decision to extradite the appellant rather than pursue prosecution in Canada is not unreasonable. The appeal is therefore dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.

faire preuve de déférence à l'égard de la décision du ministre d'ordonner l'extradition, y compris son appréciation des droits constitutionnels de l'intéressé. Le ministre est tenu d'appliquer les principes de droit corrects, mais sa décision ne peut être infirmée que si elle est déraisonnable. En l'espèce, le ministre a appliqué la norme juridique appropriée et donné des motifs suffisants pour expliquer sa décision d'extrader l'appelant. À mon avis, le choix de faire droit à la demande d'extradition plutôt que de poursuivre au Canada n'est pas déraisonnable. Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Vancouver.

Jean Dinardo *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DINARDO

Neutral citation: 2008 SCC 24.

File No.: 31918.

2008: January 25; 2008: May 9.

Present: Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial — Judgments — Duty of trial judge to give reasons — Credibility of complainant — Accused convicted of sexual assault and sexual exploitation of a person with a disability — Complainant's testimony containing inconsistencies — Whether trial judge's reasons sufficient for meaningful appellate review on question of credibility — Whether trial judge sufficiently explained why he rejected accused's denial of guilt and how he resolved significant issues of credibility concerning complainant's testimony.

Criminal law — Evidence — Prior consistent statements — Credibility of complainant — Accused convicted of sexual assault and sexual exploitation of a person with a disability — Complainant's testimony containing inconsistencies — Trial judge considering contents of complainant's prior consistent statements to corroborate her testimony — Whether trial judge's improper use of statements caused prejudice to accused.

The accused was convicted of sexual assault and sexual exploitation of a person with a disability after the complainant alleged that she was assaulted by the accused while she was a passenger in his taxi. At the commencement of the trial, a *voir dire* was held to determine whether the complainant, who is mildly mentally challenged, was competent to testify. The trial judge concluded that although the complainant's deficiency was apparent, it did not mean that she could not testify and that it would be up to him to determine her

Jean Dinardo *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. DINARDO

Référence neutre : 2008 CSC 24.

N° du greffe : 31918.

2008 : 25 janvier; 2008 : 9 mai.

Présents : Les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Procès — Jugements — Obligation du juge du procès de motiver sa décision — Crédibilité de la plaignante — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et d'exploitation sexuelle d'une personne ayant une déficience — Témoignage de la plaignante comportant des incohérences — Les motifs du juge du procès sont-ils suffisants pour permettre un examen valable en appel sur la question de la crédibilité? — Le juge du procès a-t-il suffisamment expliqué pourquoi il a rejeté les dénégations de culpabilité de l'accusé et comment il a résolu les importants problèmes de crédibilité soulevés par le témoignage de la plaignante?

Droit criminel — Preuve — Déclarations antérieures compatibles — Crédibilité de la plaignante — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et d'exploitation sexuelle d'une personne ayant une déficience — Témoignage de la plaignante comportant des incohérences — Prise en compte par le juge du procès du contenu de déclarations antérieures compatibles de la plaignante comme preuve corroborante — L'utilisation des déclarations à mauvais escient par le juge du procès a-t-elle causé un tort à l'accusé?

L'accusé a été déclaré coupable d'agression sexuelle et d'exploitation sexuelle d'une personne ayant une déficience après que la plaignante a affirmé avoir été agressée par l'accusé alors qu'elle était passagère dans son taxi. Au début du procès, le juge a tenu un voir-dire pour déterminer si la plaignante, qui a une légère déficience intellectuelle, était habile à témoigner. Il a conclu que la déficience de la plaignante, bien qu'évidente, ne l'empêchait pas pour autant de témoigner et qu'il lui appartiendrait par la suite d'évaluer sa crédibilité. Au

credibility. At trial, the complainant provided essentially consistent answers on the central parts of her allegations. However, on many points, the complainant gave contradictory answers, much as she had done during the course of her *voir dire* testimony. She also gave conflicting testimony about inventing the allegations. The accused testified and denied the allegations against him.

In his reasons for judgment, the trial judge noted that the accused testified well. However, he rejected the accused's argument that the configuration of his car would have made it impossible for him to touch the complainant without leaning over. In assessing the complainant's credibility, the trial judge emphasized that the complainant did not contradict herself on the important aspects of her allegations. Moreover, her evidence at trial was corroborated by her out-of-court statements made shortly after the alleged incident. The accused was convicted of both offences. A majority of the Court of Appeal upheld the convictions on the basis that the trial judge's reasons, although succinct, made it clear why the trial judge disbelieved the accused. Although the inconsistencies in the complainant's testimony were not specifically addressed by the trial judge, they related primarily to peripheral matters and the evidence allowed for appellate review of the correctness of the decision. While the trial judge erred in using the complainant's prior consistent statements to corroborate her evidence, the majority concluded that the improper use of the statements did not justify a new trial because the accused suffered no prejudice. The dissenting judge would have allowed the appeal and ordered a new trial. He held that the trial judge did not sufficiently explain why he rejected the accused's denial of guilt or how he resolved the significant difficulties in the complainant's testimony to reach a verdict beyond a reasonable doubt.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The inquiry into the sufficiency of the trial judge's reasons should be directed at whether the reasons respond to the case's live issues. In this case, the complainant's truthfulness was very much a live issue. The trial judge erred by failing to explain how he reconciled the inconsistencies in the complainant's testimony, particularly on the issue of whether she invented the allegations. The defence rested on the overall lack of credibility and reliability of the complainant's testimony, as well as on the accused's testimony denying

procès, la plaignante a donné des réponses cohérentes, pour l'essentiel, au sujet des éléments clés de son récit. Toutefois, sur de nombreux points, la plaignante a donné des réponses contradictoires, tout comme durant le voir-dire. Elle a aussi fait des déclarations contradictoires sur la possibilité qu'elle ait inventé une histoire. L'accusé a témoigné et a nié les faits qui lui étaient reprochés.

Dans ses motifs, le juge du procès a souligné que l'accusé a bien témoigné, mais il n'a pas retenu sa prétention que, compte tenu de la configuration de l'intérieur de son véhicule, il n'aurait pas pu toucher à la plaignante sans se pencher. En appréciant la crédibilité de la plaignante, le juge du procès a insisté sur le fait qu'elle ne s'était pas démentie concernant les faits importants. De plus, les déclarations extrajudiciaires qu'elle avait faites peu après les incidents allégués corroboraient son témoignage au procès. L'accusé a été déclaré coupable des deux infractions. La Cour d'appel à la majorité a confirmé les condamnations parce que, quoique succincts, les motifs du juge du procès indiquaient clairement pourquoi ce dernier n'avait pas cru l'accusé. Bien que le juge du procès n'ait pas traité des incohérences dans le témoignage de la plaignante, celles-ci se rapportaient principalement à des éléments périphériques et la preuve permettait à une juridiction d'appel de déterminer si la décision était correcte. Le juge du procès a commis une erreur en utilisant les déclarations antérieures compatibles de la plaignante pour corroborer son témoignage, mais la majorité a conclu que leur utilisation à mauvais escient ne justifiait pas la tenue d'un nouveau procès, puisque l'accusé n'en avait pas subi de préjudice. Le juge dissident était d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il a statué que le juge du procès n'avait pas suffisamment expliqué pourquoi il avait rejeté les dénégations de culpabilité de l'accusé ni comment il avait résolu les problèmes importants dans le témoignage de la plaignante pour parvenir à un verdict hors de tout doute raisonnable.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

Pour déterminer si les motifs du juge du procès sont suffisants, il faut se demander s'ils répondent aux questions en litige. En l'espèce, la sincérité de la plaignante constituait manifestement une question litigieuse. Le juge du procès a commis une erreur en n'expliquant pas comment il a concilié les déclarations contradictoires de la plaignante, plus particulièrement sur la possibilité qu'elle ait inventé une histoire. La défense reposait sur le manque de crédibilité et de fiabilité du témoignage de la plaignante en général et sur le témoignage de

her allegations. In this context, it was incumbent upon the trial judge to explain, even in succinct terms, how he resolved these difficulties to reach a verdict beyond a reasonable doubt. His failure to do so deprived the accused of his right to a meaningful appeal. Where the trial judge's reasoning is not apparent from the reasons or the record, the reviewing court should not substitute its own analysis of the evidence for that of the trial judge, as the majority of the Court of Appeal did here. [27] [29] [31-32]

The Court of Appeal correctly concluded that the trial judge erred by using the complainant's prior consistent statements to corroborate her testimony at trial. However, the Court of Appeal was incorrect in holding that the accused suffered no prejudice from the trial judge's improper use of the statements. The trial judge relied heavily on the corroborative value of the complainant's prior consistent statements in convicting the accused. He was clearly of the view that the complainant's consistency in recounting the allegations made her story more credible. [40]

Cases Cited

Applied: *R. v. G.C.*, [2006] O.J. No. 2245 (QL); **referred to:** *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *R. v. D. (J.J.R.)* (2006), 215 C.C.C. (3d) 252; *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27; *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. Stirling*, [2008] 1 S.C.R. 272, 2008 SCC 10; *R. v. F. (J.E.)* (1993), 85 C.C.C. (3d) 457.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 153.1(1), 271(1)(*a*).

Authors Cited

Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2008, release 10).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Rochon and Côté JJ.A.), J.E. 2007-551, SOQUIJ AZ-50418375, [2007] Q.J. No. 1320 (QL), 2007 CarswellQue 1206, 2007 QCCA 287, upholding the convictions entered by Rancourt J.C.Q. Appeal allowed.

l'accusé qui niait les allégations de la plaignante. Dans ce contexte, le juge du procès avait l'obligation d'expliquer, même succinctement, comment il avait résolu ces problèmes pour rendre un verdict hors de tout doute raisonnable. Son défaut de fournir une explication a privé l'accusé de son droit à un appel valable. Dans les cas où le raisonnement du juge du procès ne ressort pas clairement de ses motifs ou du dossier, le tribunal d'appel ne doit pas substituer sa propre analyse à celle du juge de première instance, comme les juges majoritaires de la Cour d'appel l'ont fait en l'espèce. [27] [29] [31-32]

La Cour d'appel a conclu à bon droit que le juge du procès avait commis une erreur en utilisant les déclarations antérieures compatibles de la plaignante pour corroborer son témoignage au procès. Elle a toutefois fait erreur en concluant que l'utilisation des déclarations à mauvais escient par le juge du procès n'avait pas causé de tort à l'accusé. Le juge du procès a conclu à la culpabilité de l'accusé en accordant un poids considérable aux déclarations antérieures compatibles de la plaignante en tant que preuve corroborante. De toute évidence, il croyait que la cohérence des déclarations de la plaignante ajoutait à la crédibilité de son récit. [40]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. G.C.*, [2006] O.J. No. 2245 (QL); **arrêts mentionnés :** *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *R. c. D. (J.J.R.)* (2006), 215 C.C.C. (3d) 252; *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27; *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. Stirling*, [2008] 1 R.C.S. 272, 2008 CSC 10; *R. c. F. (J.E.)* (1993), 85 C.C.C. (3d) 457.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 153.1(1), 271(1)*a*).

Doctrine citée

Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 4th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2008, release 10).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Rochon et Côté), J.E. 2007-551, SOQUIJ AZ-50418375, [2007] J.Q. nº 1320 (QL), 2007 CarswellQue 1206, 2007 QCCA 287, qui a confirmé les déclarations de culpabilité inscrites par le juge Rancourt de la Cour du Québec. Pourvoi accueilli.

Marco Labrie and *Catherine Sheitoyan*, for the appellant.

Henri-Pierre La Brie and *Magalie Cimon*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

[1] Mr. Dinardo was convicted of sexual assault and sexual exploitation of a person with a disability. He appealed his conviction on the grounds that the trial judge misdirected himself on the issue of credibility and failed to provide sufficient reasons to allow for meaningful appellate review. The majority of the Court of Appeal dismissed Mr. Dinardo's appeal. Chamberland J.A., in dissent, would have allowed the appeal and ordered a new trial based on two errors of law. First, the trial judge did not sufficiently explain why he rejected Mr. Dinardo's denial of guilt. Second, he failed to explain how he resolved some significant difficulties in the complainant's testimony to reach a verdict beyond a reasonable doubt. Mr. Dinardo appeals to this Court as of right on these two grounds.

[2] I agree with Chamberland J.A. that the trial judge erred in law by failing to explain how he resolved the significant issues of credibility concerning the complainant's testimony, particularly in light of Mr. Dinardo's evidence at trial. While a trial judge is presumed to know the law, I conclude that in the context of the evidence and the issues in this case, the trial judge's reasons are insufficient to allow for meaningful appellate review on the question of credibility. Accordingly, I would allow the appeal and order a new trial.

Marco Labrie et *Catherine Sheitoyan*, pour l'appelant.

Henri-Pierre La Brie et *Magalie Cimon*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

[1] Monsieur Dinardo a été reconnu coupable d'agression sexuelle et d'exploitation sexuelle d'une personne ayant une déficience. Il a interjeté appel de sa condamnation au motif que le juge du procès s'était fondé sur des considérations erronées en matière de crédibilité et n'avait pas motivé suffisamment sa décision pour en permettre un examen valable en appel. La majorité de la Cour d'appel a rejeté l'appel de M. Dinardo. Toutefois, le juge Chamberland, dissident, était d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur le fondement de deux erreurs de droit. Premièrement, le juge du procès n'aurait pas suffisamment motivé le rejet des dénégations de culpabilité de M. Dinardo. Deuxièmement, il n'aurait pas expliqué comment il a résolu certains problèmes importants dans le témoignage de la plaignante pour parvenir à un verdict hors de tout doute raisonnable. M. Dinardo fonde son pourvoi de plein droit devant notre Cour sur ces deux moyens.

[2] Je souscris à l'opinion du juge Chamberland de la Cour d'appel, selon laquelle le juge du procès a commis une erreur de droit en n'expliquant pas comment il a résolu les importantes questions de crédibilité soulevées par le témoignage de la plaignante, plus particulièrement au regard de la déposition fournie par M. Dinardo au procès. Bien que le juge du procès soit présumé connaître le droit, je conclus, compte tenu de la preuve présentée et des questions en litige en l'espèce, que le juge du procès n'a pas suffisamment motivé sa décision pour en permettre un examen valable en appel sur la question de la crédibilité. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

2. The Facts and Proceedings Below

[3] In September 2004, Mr. Dinardo, a cab driver, picked up the complainant at a home for mentally challenged persons in Longueuil called the "Auberge" and drove her to the "Maison des jeunes" in Boucherville. During the 15-minute drive to the Maison des jeunes, the accused allegedly touched the complainant's breasts, put his finger inside her vagina and said [TRANSLATION] "That smells good" (A.R., at p. 137). The complainant further alleged that Mr. Dinardo invited her to touch his penis, which she refused.

[4] The complainant, who was 22 years old at the time of trial, is mildly mentally challenged and suffers from Tourette syndrome. When the alleged incident occurred, she was residing at the Auberge during the week. It was common for residents of the home to visit the Maison des jeunes for activities during the day. As a general rule, residents were transported back and forth in taxis.

[5] When the complainant arrived at the Maison des jeunes, she spontaneously recounted the alleged events to a teacher. When she returned to the Auberge that afternoon, she made a similar statement to an employee of the home. The taxi driver who dropped off the complainant witnessed this statement. Later that day, the complainant told the same story to a second employee of the home.

[6] Mr. Dinardo was charged with sexual assault and sexual exploitation of a person with a disability contrary to ss. 271(1)(*a*) and 153.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. At the commencement of the trial, the court held a *voir dire* to determine whether the complainant was competent to testify. During the course of her testimony on the *voir dire*, the complainant contradicted herself on the question of whether she knew what it meant to tell the truth. She first stated that she did not understand the importance of telling the truth. She subsequently testified that she knew what it meant to lie and that lying was wrong. She stated that if she did not remember the answer to a question, she

2. Les faits et les décisions des juridictions inférieures

[3] En septembre 2004, M. Dinardo, un chauffeur de taxi, s'est rendu à la résidence pour personnes ayant une déficience intellectuelle appelée l'« Auberge », à Longueuil, pour y prendre la plaignante et la conduire à la « Maison des jeunes », à Boucherville. Pendant le trajet d'une durée de 15 minutes, l'accusé aurait touché les seins de la plaignante et lui aurait mis le doigt dans le vagin en lui disant « [ç]a sent bon » (d.a., p. 137). Aux dires de la plaignante, M. Dinardo l'aurait également invitée à lui toucher le pénis, mais elle aurait refusé.

[4] La plaignante, qui était âgée de 22 ans au moment du procès, est atteinte d'une légère déficience intellectuelle et du syndrome de Gilles de La Tourette. Au moment des faits reprochés, elle demeurait en semaine à la résidence l'Auberge. De façon régulière, les pensionnaires de cette résidence se rendaient à la Maison des jeunes pour des activités de jour. Règle générale, ils se déplaçaient en taxi.

[5] À son arrivée à la Maison des jeunes, la plaignante a raconté spontanément les faits allégués à une enseignante. À son retour à l'Auberge dans l'après-midi, elle a fait un récit semblable à une employée de la résidence. Le chauffeur de taxi qui la raccompagnait a été témoin de ce récit. Plus tard dans la même journée, la plaignante a répété la même version des faits à une deuxième intervenante de la résidence.

[6] Monsieur Dinardo a été inculpé d'agression sexuelle et d'exploitation sexuelle d'une personne ayant une déficience, des infractions prévues respectivement à l'al. 271(1)*a*) et au par. 153.1(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Au début du procès, le juge a tenu un voir-dire pour déterminer si la plaignante était habile à témoigner. Durant le voir-dire, la plaignante a donné des réponses contradictoires lorsqu'il lui a été demandé si elle savait ce que cela signifiait que de dire la vérité. Elle a d'abord affirmé qu'elle ne comprenait pas l'importance de dire la vérité, puis a déclaré qu'elle savait ce qu'était un mensonge et que ce n'était pas bien de mentir. Elle a ajouté que, si elle ne connaissait pas

would simply say [TRANSLATION] "I don't remember" (A.R., at pp. 110-11).

[7] When the complainant was asked on cross-examination whether she ever invented stories, she stated that she sometimes invented stories [TRANSLATION] "[to] be funny" (A.R., at p. 112). An example of the [TRANSLATION] "silly things" she sometimes said was that a friend "kicked me in the ass . . . in the behind, but it's not true" (A.R., at p. 112). The complainant provided inconsistent answers on the frequency with which she told these types of stories, but said that her foster family reprimanded her when she did so.

[8] In response to defence counsel's argument that it was apparent that [TRANSLATION] "she can be made to say almost anything" (A.R., at p. 123), the trial judge held that while the complainant's deficiency was apparent, it did not mean that she could not testify and it would be up to him to determine her credibility. He therefore ruled that the complainant was competent to testify on a promise to tell the truth. No issue is raised with respect to this ruling; however, the obvious difficulties demonstrated during the course of the complainant's *voir dire* testimony and the trial judge's acknowledgement that any issue of credibility would have to be ultimately resolved by him at trial provide relevant context for assessing the sufficiency of the trial judge's reasons on appellate review.

[9] The complainant testified at trial and provided essentially consistent answers on the central parts of her allegations. She also identified the accused by his first name (Jean) and by a tattoo on his right arm. However, on many points, the complainant gave contradictory answers, much as she had done in the course of her *voir dire* testimony. She also gave this troubling evidence on cross-examination (A.R., at pp. 174-75):

[TRANSLATION]

Q This story you told Ms. Thériault on arriving at the Maison des Jeunes, is it possible that it, that the story was made up?

A Yes.

la réponse à une question, elle dirait simplement « [j]e m'en souviens plus » (d.a., p. 110-111).

[7] Lorsqu'elle a été contre-interrogée, la plaignante a reconnu qu'elle inventait parfois des histoires pour « [m]e trouver comique » (d.a., p. 112). À titre d'exemple des « niaiseries » qu'elle racontait parfois, mentionnons qu'elle a déjà dit qu'un ami « m'a donné des coups de pied dans le cul [. . .] dans le derrière, puis c'est pas vrai » (d.a., p. 112). La plaignante a donné des réponses contradictoires lorsqu'il lui a été demandé si elle racontait souvent ce type d'histoires, mais elle a ajouté que sa famille d'accueil la réprimandait lorsqu'elle le faisait.

[8] Par suite de la déclaration de l'avocat de la défense selon laquelle « on peut lui faire dire à peu près n'importe quoi » (d.a., p. 123), le juge du procès a déclaré que la déficience de la plaignante, bien qu'évidente, ne l'empêchait pas pour autant de témoigner et qu'il lui appartiendrait par la suite d'évaluer sa crédibilité. Il a donc statué que la plaignante était habile à témoigner après avoir promis de dire la vérité. Cette décision n'est pas contestée. Toutefois, les difficultés manifestes que présentait le témoignage de la plaignante au voir-dire et la déclaration du juge selon laquelle il lui faudrait régler les questions de crédibilité lors du procès fournissent des éléments contextuels pertinents pour l'examen en appel de la question de savoir si le juge du procès a suffisamment motivé sa décision.

[9] La plaignante a témoigné lors du procès et a donné des réponses cohérentes, pour l'essentiel, au sujet des éléments clés de son récit. Elle a également appelé l'accusé par son prénom (Jean) et elle a reconnu son tatouage sur le bras droit. Toutefois, sur de nombreux points, la plaignante a donné des réponses contradictoires, tout comme durant le voir-dire. Qui plus est, en contre-interrogatoire, elle a fait les déclarations troublantes qui suivent (d.a., p. 174-175) :

Q Cette histoire-là que t'as contée à madame Thériault en arrivant, à la Maison des Jeunes là, ça se peut-tu qu'elle soit inventée, cette histoire-là?

R Oui.

Q Why did you make the story up?

A Well, I made it up to say he touched me.

Q You made it up to say he touched you?

A Yes.

Q Why? You didn't like him?

A No, I didn't like him.

Q Why?

A I was afraid of him.

Q You were afraid of him. Because he had tattoos?

A Yes.

[10] In re-examination, the complainant testified as follows (A.R., at pp. 181-82):

[TRANSLATION]

Q . . . listen to me carefully. He said: "Is it possible that you made up the story you told Nicole Thériault?"

A Oh, I didn't make it up.

Q Okay. But you said yes. Do you know . . . what do you mean by that? What is . . . explain that, about that.

A I didn't make it up.

Q Okay. Your sentence, it was: "I made it up – after what he said to you – to say he touched me".

A Yes.

Q What do you mean by that?

A He touched me.

Q Okay. But when you told her that, told Nicole Thériault that, was it made up? Had you made it up?

A No.

[11] At the end of the complainant's testimony, the trial judge asked the following questions (A.R., at p. 182):

[TRANSLATION]

BY THE COURT

I have one, X. Can you tell me what it means to "make something up"?

Q Pourquoi t'as inventé cette histoire-là?

R Bien, je l'ai inventée pour dire qu'il m'a touchée.

Q Tu l'as inventée pour dire qu'il t'a touchée?

R Oui.

Q Pourquoi? Tu l'aimais pas, le monsieur?

R Non je l'aimais pas.

Q Pourquoi?

R J'avais peur de lui.

Q T'avais peur de lui. Parce qu'il avait des tatous?

R Oui.

[10] En réinterrogatoire, la plaignante a tenu les propos suivants (d.a., p. 181-182) :

Q . . . écoute-moi bien, il t'a dit : « Ça se peut-tu que t'aies inventé l'histoire à Nicole Thériault? »

R Ah, j'ai pas inventé.

Q Okay. Mais t'as dit oui. Est-ce que tu sais . . . qu'est-ce que tu veux dire par là, là? C'est quoi la . . . explique-toi là, là-dessus là?

R Je l'ai pas inventée.

Q Okay. Ta phrase, ça été : « J'ai inventé – suite à ce qu'il t'a dit – pour dire qu'il m'a touchée ».

R Oui.

Q Qu'est-ce que tu veux dire par là?

R Il m'a touchée.

Q Okay. Mais quand tu lui as dit ça là, à Nicole Thériault, est-ce que c'était une invention? Est-ce que t'avais inventé ça?

R Non.

[11] À la fin du témoignage de la plaignante, le juge du procès a lui aussi posé quelques questions (d.a., p. 182) :

PAR LA COUR

J'en ai une, moi, X. Est-ce que t'es capable de me dire ce que ça veut dire le mot « inventer »?

A I don't know.

Q You don't know, eh? So when you answered earlier that, that you made it up, you don't know what that means?

A No.

[12] Four witnesses gave evidence at trial regarding the complainant's account of the allegations. Ms. Thériault, a teacher at the Maison des jeunes, testified that the complainant stated immediately upon her arrival that [TRANSLATION] "[t]he taxi driver touched me" (A.R., at p. 210). The taxi driver who brought the complainant back to the Auberge at the end of the day stated that during the trip, the complainant told him that [TRANSLATION] "[t]his morning, the driver who brought me here, he touched my breast" (A.R., at p. 246). When they arrived at the Auberge, the driver witnessed the complainant recount the alleged events to Ms. Lussier, the assistant director of the home. Ms. Duquette, the complainant's [TRANSLATION] "attendant" at the Auberge, stated that the complainant confided to her that same day that she had been "assaulted" by the taxi driver (A.R., at p. 284). Ms. Duquette discussed the allegations with the assistant director of the home, and according to Ms. Duquette, [TRANSLATION] "the story was the same for both of us" (A.R., at p. 285).

[13] Two of the witnesses also testified that the complainant had a history of lying. Ms. Thériault stated that she did not initially believe the complainant [TRANSLATION] "because she is manipulative" (A.R., at p. 214). She also stated that the complainant lied from time to time when she was looking for attention. When she lied, however, [TRANSLATION] "she admitted it. She knew the difference" (A.R., at p. 229). This led Ms. Thériault to believe that there was some truth to the allegations. Ms. Duquette also testified that the complainant had a history of lying. When she was being untruthful, she would blush or confuse what she was saying. On this occasion, however, the complainant had repeated the same story several times to different people. For this reason, Ms. Duquette believed that the complainant was being truthful. Both witnesses also testified that the complainant's behaviour on the date of the alleged offence was out of character.

R Je le sais pas.

Q Tu ne le sais pas, hein? Alors quand t'as répondu tantôt là, que t'avais inventé là, tu ne sais pas qu'est-ce que ça veut dire?

R Non.

[12] Quatre personnes ont témoigné au procès au sujet de la version des faits relatée par la plaignante. M^me^ Thériault, enseignante à la Maison des jeunes, a déclaré qu'à son arrivée, la plaignante lui a tout de suite dit : « [l]e chauffeur de taxi m'a touchée » (d.a., p. 210). Selon le chauffeur de taxi qui a reconduit la plaignante à l'Auberge à la fin de la journée, celle-ci lui a dit, pendant le trajet, que « [c]e matin, le chauffeur qui est venu me conduire ici, il m'a touché un sein » (d.a., p. 246). À leur arrivée à l'Auberge, le chauffeur était présent lorsque la plaignante a raconté à M^me^ Lussier, la directrice adjointe de la résidence, les faits reprochés à M. Dinardo. M^me^ Duquette, « accompagnatrice » de la plaignante à l'Auberge, a déclaré que cette dernière lui a dit le même jour avoir été « agressée » par le chauffeur de taxi (d.a., p. 284). M^me^ Duquette a parlé de la prétendue agression à la directrice adjointe de la résidence et, selon ses dires, « l'histoire était la même des deux côtés » (d.a., p. 285).

[13] Deux des témoins ont également déclaré que la plaignante mentait parfois. M^me^ Thériault a affirmé ne pas avoir cru la plaignante au départ « parce qu'elle manipule » (d.a., p. 214). Elle a ajouté que la plaignante mentait à l'occasion pour attirer l'attention, mais que, lorsque cela se produisait, « elle avouait. Elle savait la différence » (d.a., p. 229). C'est pourquoi M^me^ Thériault a fini par croire qu'il y avait un fond de vérité aux accusations. M^me^ Duquette a également déclaré que la plaignante mentait parfois. Lorsqu'elle ne disait pas la vérité, la plaignante rougissait ou s'empêtrait dans ses mensonges. Pourtant, cette fois, la plaignante a répété le même récit plusieurs fois à diverses personnes. M^me^ Duquette croyait donc que la plaignante disait la vérité. Les deux témoins ont déclaré que le comportement de la plaignante, le jour où elle aurait été agressée, était différent de son comportement habituel.

[14] Mr. Dinardo testified and denied the allegations against him. He stated that when he arrived at the Auberge, the complainant was brought out to the taxi and an employee of the home fastened her seatbelt. The employee placed the complainant's hands between her legs to prevent her from hitting herself or the cab driver because of her condition. He testified that her hands remained between her legs for the duration of the trip.

[15] Mr. Dinardo also testified that the configuration of the car was such that it would have been impossible for him to touch the complainant without leaning over. Mr. Dinardo testified that he had no prior convictions of this nature, and had never had any complaints as a taxi driver.

[16] In his reasons for judgment, the trial judge summarized the evidence of the witnesses for the Crown and the defence: C.Q. Longueuil, No. 505-01-053038-044, March 30, 2006. After recalling the test in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, and the Crown's burden of proof beyond a reasonable doubt, the trial judge made his findings on credibility. He stated that while the accused had [TRANSLATION] "testified well" (para. 46), he did not believe the accused's "argument" that [TRANSLATION] "it was impossible for him to touch the passenger because of the console, the coffee cup and his note book" (para. 54). He rejected this argument on the basis of the photographs produced by Mr. Dinardo and the fact that the complainant had been able to see the tattoo on his right forearm.

[17] The trial judge then considered the complainant's credibility. He did not refer to the evidence that the complainant, by her own admission, had a tendency to lie. Rather, he observed only that [TRANSLATION] "[w]hen cross-examined by counsel for the accused, she never contradicted herself on important facts, only on certain details that the Court does not consider important enough for the contradictions to affect her credibility" (para. 70). He placed significant emphasis on the fact that the complainant's version of the events was consistent, noting that [TRANSLATION] "in this case, there is a form of corroboration in the facts and statements of

[14] Monsieur Dinardo a témoigné et a nié les faits qui lui étaient reprochés. Il a déclaré que, à son arrivée à l'Auberge, une intervenante a accompagné la plaignante jusqu'à la voiture et a bouclé sa ceinture. Cette employée a ensuite placé les mains de la plaignante entre ses jambes pour l'empêcher de se frapper ou de frapper le chauffeur de taxi en raison de sa maladie. Il a ajouté que la plaignante a gardé les mains entre ses jambes pendant tout le trajet.

[15] Monsieur Dinardo a également déclaré que, compte tenu de la configuration de l'intérieur de son véhicule, il n'aurait pas pu toucher à la plaignante sans se pencher. M. Dinardo a rappelé qu'il n'avait jamais été déclaré coupable d'infractions de cette nature et n'avait fait l'objet dans le passé d'aucune plainte reliée à son travail.

[16] Dans ses motifs, le juge du procès a résumé les témoignages pour la poursuite et pour la défense : C.Q. Longueuil, n° 505-01-053038-044, 30 mars 2006. Après avoir rappelé le test énoncé dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, et l'obligation qui incombe à la poursuite d'établir la culpabilité de l'appelant hors de tout doute raisonnable, le juge du procès a tiré ses conclusions sur la crédibilité. Il a déclaré que l'accusé « a bien témoigné » (par. 46), mais il n'a pas retenu sa « prétention » qu'il « lui était impossible de toucher au passager à cause de la console, de la tasse à café et de son carnet de notes » (par. 54). Le juge a rejeté cet argument en se fondant sur les photographies produites par M. Dinardo et sur le fait que la plaignante a pu voir le tatouage que l'accusé arbore à l'avant-bras droit.

[17] Le juge du procès a ensuite apprécié la crédibilité de la plaignante. Il n'a pas fait mention de la preuve voulant que la plaignante, de son propre aveu, ait tendance à mentir. Il a plutôt souligné seulement que, « [l]orsque contre-interrogée par l'avocat de l'accusé, elle ne s'est jamais démentie concernant les faits importants, sauf certains détails qui n'ont pas, selon le Tribunal, une importance telle qu'ils affecteraient sa crédibilité » (par. 70). Il a insisté sur le fait que la version des faits fournie par la plaignante était cohérente, soulignant que, « dans ce cas, il y a une forme de corroboration dans les faits et les déclarations de la victime, qui

the victim, who never contradicted herself" (para. 68). He also noted that the complainant's statement was made spontaneously upon her arrival at the Maison des jeunes. The accused was convicted of both offences.

[18] A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal: [2007] Q.J. No. 1320 (QL), 2007 QCCA 287. Rochon J.A., Côté J.A. concurring, held that although the trial judge's reasons were succinct, they made it clear why the trial judge disbelieved Mr. Dinardo. While the trial judge did not explicitly direct himself on the second step of *W. (D.)*, the test is not a [TRANSLATION] "sacrosanct formula" (para. 29). It was implicit in the trial judge's rejection of the accused's evidence that his evidence did not raise a reasonable doubt. While it may have been preferable to state this explicitly, his failure to do so was not an error of law.

[19] The majority then observed that the complainant's testimony should be evaluated having regard to her mental disability. Rochon J.A. reviewed ten inconsistencies in the complainant's evidence identified by Mr. Dinardo, including the complainant's testimony about inventing stories. None of these inconsistencies were specifically addressed by the trial judge. Rochon J.A. concluded that the inconsistencies related primarily to peripheral aspects of the case. With respect to the complainant's testimony about telling stories, the majority stated that [TRANSLATION] "[e]ven if I were to conclude that this last piece of evidence required an explanation by the judge, a review of the evidence on these questions would enable a court of appeal to review the soundness of the decision" (para. 73).

[20] The majority also held that the trial judge erred in using the complainant's prior consistent statements to corroborate her evidence that a crime had been committed. The majority concluded, however, that the improper use of the statements did not justify ordering a new trial because the accused suffered no prejudice.

ne s'est jamais démentie » (par. 68). En outre, il a fait remarquer que la plaignante avait fait sa déclaration spontanément à son arrivée à la Maison des jeunes. L'accusé a été reconnu coupable des deux infractions.

[18] La Cour d'appel a rejeté l'appel à la majorité : [2007] J.Q. nº 1320 (QL), 2007 QCCA 287. Le juge Rochon, avec l'accord de la juge Côté, a déclaré que, quoique succincts, les motifs du juge du procès indiquaient clairement pourquoi ce dernier n'avait pas cru M. Dinardo. Bien que le juge du procès n'ait pas suivi expressément la deuxième étape du test proposé dans *W. (D.)*, cette démarche ne constitue pas une « formule sacramentelle » (par. 29). Le rejet par le juge du procès de la preuve présentée par l'accusé indiquait implicitement qu'elle ne soulevait pas de doute raisonnable. Il aurait été préférable que le juge le mentionne expressément, mais son omission de le faire ne constituait pas une erreur de droit.

[19] La majorité de la Cour d'appel a observé que le témoignage de la plaignante devait être évalué en tenant compte de sa déficience intellectuelle. Le juge Rochon a passé en revue dix incohérences décelées par M. Dinardo dans le témoignage de la plaignante, y compris ses propos au sujet des histoires inventées. Aucune de ces incohérences n'a été traitée expressément par le juge du procès. Le juge Rochon a conclu qu'elles se rapportaient principalement à des éléments périphériques au débat. En ce qui concerne les propos de la plaignante au sujet des histoires inventées, la majorité a déclaré que « [m]ême si je devais conclure que ce dernier élément nécessitait une explication du juge, l'examen de la preuve sur ces questions permet à une cour d'appel d'examiner la justesse de la décision » (par. 73).

[20] En outre, les juges majoritaires ont statué que le juge du procès avait commis une erreur en utilisant les déclarations antérieures compatibles de la plaignante pour corroborer son témoignage selon lequel une infraction avait été commise. Toutefois, la majorité a conclu que l'utilisation des déclarations à mauvais escient ne justifiait pas la tenue d'un nouveau procès, puisque l'accusé n'en avait pas subi de préjudice.

[21] Chamberland J.A., in dissent, noted that despite stating twice that the accused had [TRANSLATION] "testified well", the trial judge found Mr. Dinardo guilty without explaining why he rejected Mr. Dinardo's denial of guilt. Although he explained why he disbelieved Mr. Dinardo's evidence that he could not have touched the complainant because of the configuration of his car, the trial judge did not discuss the most important aspect of Mr. Dinardo's testimony — that is, his denial of the allegations.

[22] Chamberland J.A. also concluded that the trial judge erred in failing to explicitly consider the second step of the *W. (D.)* test — even if he did not believe the "argument" of the accused, he failed to consider whether he was left in reasonable doubt by the accused's testimony. There was no corroborating evidence in the case and the complainant's testimony was problematic. Chamberland J.A. was particularly concerned about the exchange at the end of the complainant's cross-examination in which she stated that she invented the allegations [TRANSLATION] "to say he touched me" (para. 116). Chamberland J.A. noted that more than one witness testified that the complainant had a history of lying. In the circumstances, it was incumbent upon the trial judge to explicitly address the accused's denial of the allegations. Chamberland J.A. would have ordered a new trial.

3. Analysis

[23] The majority rightly stated that there is nothing sacrosanct about the formula set out in *W. (D.)*. Indeed, as Chamberland J.A. himself acknowledged in his dissenting reasons, the assessment of credibility will not always lend itself to the adoption of the three distinct steps suggested in *W. (D.)*; it will depend on the context (para. 112). What matters is that the substance of the *W. (D.)* instruction be respected. In a case that turns on credibility, such as this one, the trial judge must direct his or her mind to the decisive question of whether the accused's evidence, considered in the context of the evidence as a whole, raises a reasonable doubt as to his guilt. Put differently, the trial judge must

[21] Le juge Chamberland, dissident, a fait remarquer que le juge du procès, après avoir reconnu à deux reprises que l'accusé avait « bien témoigné », a conclu à la culpabilité de M. Dinardo sans lui expliquer pourquoi il rejetait ses dénégations de culpabilité. Le juge a expliqué pourquoi il ne croyait pas que la configuration de sa voiture empêchait M. Dinardo de toucher à la plaignante, mais il n'a pas examiné l'élément le plus important du témoignage de M. Dinardo — à savoir ses dénégations des gestes qui lui étaient reprochés.

[22] Le juge Chamberland a également conclu que le juge du procès avait commis une erreur en ne suivant pas expressément la deuxième étape du test énoncé dans *W. (D.)* — même s'il n'a pas cru l'argument de l'accusé, le juge n'a pas examiné la question de savoir si son témoignage suscitait un doute raisonnable. Il n'y avait pas de corroboration en l'espèce, et le témoignage de la plaignante posait problème. Le juge Chamberland était tout particulièrement préoccupé par les propos de la plaignante à la fin du contre-interrogatoire, lorsque cette dernière a déclaré qu'elle avait inventé l'histoire d'agression « pour dire qu'il m'a touchée » (par. 116). Le juge Chamberland a souligné que plus d'un témoin avait déclaré que la plaignante mentait parfois. Dans ce contexte, le juge du procès avait l'obligation de traiter expressément des dénégations de l'accusé. Le juge Chamberland était d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

3. Analyse

[23] La majorité a affirmé à juste titre que la démarche énoncée dans *W. (D.)* n'est pas une formule sacro-sainte. En fait, le juge Chamberland a lui-même reconnu dans ses motifs de dissidence, au par. 112, que l'appréciation de la crédibilité ne se prête pas toujours à l'application des trois étapes distinctes proposées dans *W. (D.)*; tout dépend du contexte. Ce qui importe, c'est de respecter la substance des directives formulées dans *W. (D.)*. Dans une cause dont l'issue repose sur la crédibilité, comme en l'espèce, le juge du procès doit répondre à la question déterminante de savoir si la preuve offerte par l'accusé, appréciée au regard de l'ensemble de la preuve, soulève un doute raisonnable

consider whether the evidence as a whole establishes the accused's guilt beyond a reasonable doubt. In my view, the substantive concerns with the trial judge's decision in this case can better be dealt with under the rubric of the sufficiency of his reasons for judgment.

3.1 *Sufficiency of Reasons*

[24] In *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, this Court confirmed that courts have a duty to give reasons. Reasons serve many purposes; in particular, they explain the court's disposition of the case and facilitate appellate review of findings made at trial. The content of the duty will, of course, depend upon the exigencies of the case. As this Court has noted, "the requirement of reasons is tied to their purpose and the purpose varies with the context" (*Sheppard*, at para. 24).

[25] *Sheppard* instructs appeal courts to adopt a functional approach to reviewing the sufficiency of reasons (para. 55). The inquiry should not be conducted in the abstract, but should be directed at whether the reasons respond to the case's live issues, having regard to the evidence as a whole and the submissions of counsel (*R. v. D. (J.J.R.)* (2006), 215 C.C.C. (3d) 252 (Ont. C.A.), at para. 32). An appeal based on insufficient reasons will only be allowed where the trial judge's reasons are so deficient that they foreclose meaningful appellate review: *Sheppard*, at para. 25.

[26] At the trial level, reasons "justify and explain the result" (*Sheppard*, at para. 24). Where a case turns largely on determinations of credibility, the sufficiency of the reasons should be considered in light of the deference afforded to trial judges on credibility findings. Rarely will the deficiencies in the trial judge's credibility analysis, as expressed in the reasons for judgment, merit intervention on appeal. Nevertheless, a failure to sufficiently articulate how credibility concerns were resolved may constitute reversible error (see *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27, at para. 23). As this

quant à sa culpabilité. En d'autres termes, le juge du procès doit déterminer si la preuve dans son ensemble établit la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. À mon avis, la meilleure façon de résoudre les problèmes de fond soulevés par la décision du juge du procès en l'espèce consiste à déterminer s'il l'a suffisamment motivée.

3.1 *Suffisance des motifs*

[24] Dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, notre Cour a confirmé l'obligation des tribunaux de motiver leurs décisions. Les motifs sont utiles à diverses fins; ils servent notamment à expliquer la décision du tribunal et à faciliter l'examen en appel des conclusions tirées au procès. La portée de cette obligation dépend, bien entendu, des circonstances de l'affaire. Comme notre Cour l'a souligné, « l'obligation de donner des motifs est liée à leur fin, qui varie selon le contexte » (*Sheppard*, par. 24).

[25] L'arrêt *Sheppard* commande aux juridictions d'appel d'appliquer un critère fonctionnel pour déterminer si une décision est suffisamment motivée (par. 55). Il ne s'agit pas de se livrer à un exercice abstrait, mais de se demander si les motifs répondent bien aux questions en litige, compte tenu de l'ensemble de la preuve et des observations des avocats (*R. c. D. (J.J.R.)* (2006), 215 C.C.C. (3d) 252 (C.A. Ont.), par. 32). Un appel fondé sur l'insuffisance des motifs ne sera accueilli que si les lacunes des motifs exprimés par le juge du procès font obstacle à un examen valable en appel : *Sheppard*, par. 25.

[26] En première instance, les motifs « justifient et expliquent le résultat » (*Sheppard*, par. 24). Dans un litige dont l'issue est en grande partie liée à la crédibilité, on tiendra compte de la déférence due aux conclusions sur la crédibilité tirées par le juge de première instance pour déterminer s'il a suffisamment motivé sa décision. Les lacunes dans l'analyse de la crédibilité effectuée par le juge du procès, telle qu'il l'expose dans ses motifs, ne justifieront que rarement l'intervention de la cour d'appel. Néanmoins, le défaut d'expliquer adéquatement comment il a résolu les questions de crédibilité peut

Court noted in *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17, the accused is entitled to know "why the trial judge is left with no reasonable doubt":

> Assessing credibility is not a science. It is very difficult for a trial judge to articulate with precision the complex intermingling of impressions that emerge after watching and listening to witnesses and attempting to reconcile the various versions of events. That is why this Court decided, most recently in *H.L.*, that in the absence of a palpable and overriding error by the trial judge, his or her perceptions should be respected.
>
> This does not mean that a court of appeal can abdicate its responsibility for reviewing the record to see whether the findings of fact are reasonably available. Moreover, where the charge is a serious one and where, as here, the evidence of a child contradicts the denial of an adult, an accused is entitled to know why the trial judge is left with no reasonable doubt. [paras. 20-21]

[27] Reasons "acquire particular importance" where the trial judge must "resolve confused and contradictory evidence on a key issue, unless the basis of the trial judge's conclusion is apparent from the record" (*Sheppard*, at para. 55). Here, the complainant's evidence was not only confused, but contradicted as well by the accused. As I will now explain, it is my view that the trial judge fell into error by failing to explain how he reconciled the inconsistencies in the complainant's testimony on the issue of whether she invented the allegations. I also conclude that the trial judge's failure to provide such an explanation prejudiced the accused's legal right to an appeal.

[28] It is evident from a review of the record that the complainant's testimony concerned the trial judge. After she was cross-examined on whether she knew what it meant to "make up" a story, Rancourt J.C.Q. asked several follow-up questions of his own (A.R., at pp. 182-83). In his reasons for judgment, however, he did not explain why the complainant's

constituer une erreur justifiant l'annulation de la décision (voir *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27, par. 23). Comme notre Cour l'a indiqué dans *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17, l'accusé est en droit de savoir « pourquoi le juge du procès écarte le doute raisonnable » :

> Apprécier la crédibilité ne relève pas de la science exacte. Il est très difficile pour le juge de première instance de décrire avec précision l'enchevêtrement complexe des impressions qui se dégagent de l'observation et de l'audition des témoins, ainsi que des efforts de conciliation des différentes versions des faits. C'est pourquoi notre Cour a statué — la dernière fois dans l'arrêt *H.L.* — qu'il fallait respecter les perceptions du juge de première instance, sauf erreur manifeste et dominante.
>
> Cela ne veut pas dire que la cour d'appel peut se soustraire à son obligation de revoir le dossier pour s'assurer que les conclusions de fait pouvaient raisonnablement être tirées. Qui plus est, lorsque l'accusation est grave et que, comme en l'espèce, le témoignage d'un enfant contredit celui d'un adulte, qui nie les faits, l'accusé est en droit de savoir pourquoi le juge du procès écarte le doute raisonnable. [par. 20-21]

[27] Les motifs « revêtent une importance particulière » lorsque le juge doit « démêler des éléments de preuve embrouillés et contradictoires sur une question clé, à moins que le fondement de la conclusion du juge de première instance ressorte du dossier » (*Sheppard*, par. 55). En l'espèce, non seulement le témoignage de la plaignante était confus, mais il a été contredit par l'accusé. J'examinerai maintenant l'erreur que le juge du procès a commise, à mon avis, en n'expliquant pas comment il a concilié les déclarations contradictoires de la plaignante sur la possibilité qu'elle ait inventé une histoire. Je conclus en outre que le défaut du juge de fournir cette explication a causé un préjudice à l'accusé dans l'exercice du droit d'appel que lui confère la loi.

[28] Il ressort clairement du dossier que le témoignage de la plaignante préoccupait le juge du procès. Après que la plaignante a été appelée à préciser, en contre-interrogatoire, si elle savait ce que cela signifiait que d'« inventer » une histoire, le juge Rancourt de la Cour du Québec lui a posé plusieurs questions complémentaires à cet égard

conflicting testimony did not cause him to doubt her credibility. Instead, he concluded as follows:

[TRANSLATION] When cross-examined by counsel for the accused, she never contradicted herself on important facts, only on certain details that the Court does not consider important enough for the contradictions to affect her credibility. [para. 70]

[29] It cannot be said that the complainant's testimony wavered only on the trivial details of the allegations. Her testimony wavered on *the* central issue at trial: that is, whether Mr. Dinardo committed the acts for which he was charged, or whether the story was invented. I disagree with the majority of the Court of Appeal that [TRANSLATION] "the defence evidence related to peripheral aspects of the case" (para. 32). The defence rested on the overall lack of credibility and reliability of the complainant's testimony and, of course, on Mr. Dinardo's own testimony denying her allegations. In this context, it was incumbent upon the trial judge to explain, even in succinct terms, how he resolved these difficulties to reach a verdict beyond a reasonable doubt.

[30] I would like to emphasize that although the trial judge's reasons fell short of the standard required to allow for meaningful appellate review in this case, there is no general requirement that reasons be so detailed that they allow an appeal court to retry the entire case on appeal. There is no need to prove that the trial judge was alive to and considered all of the evidence, or answer each and every argument of counsel (*Braich*, at para. 38). As Binnie J. stated in *Sheppard*:

[I]n the vast majority of criminal cases both the issues and the pathway taken by the trial judge to the result will likely be clear to all concerned. Accountability seeks basic fairness, not perfection, and does not justify an

(d.a., p. 182-183). Dans ses motifs, le juge n'a toutefois pas expliqué pourquoi les déclarations contradictoires de la plaignante ne l'ont pas amené à douter de sa crédibilité. Il a plutôt tiré la conclusion suivante :

Lorsque contre-interrogée par l'avocat de l'accusé, elle ne s'est jamais démentie concernant les faits importants, sauf certains détails qui n'ont pas, selon le Tribunal, une importance telle qu'ils affecteraient sa crédibilité. [par. 70]

[29] Il est faux de dire que la plaignante s'est contredite uniquement sur des éléments insignifiants des faits reprochés. Elle s'est démentie dans ses réponses sur *la* principale question en litige, soit celle de savoir si M. Dinardo s'était effectivement livré aux actes qui lui étaient reprochés ou si elle avait inventé cette histoire de toutes pièces. Je suis en désaccord avec la majorité de la Cour d'appel, qui a conclu que « la preuve de la défense portait sur des éléments périphériques au débat » (par. 32). La défense reposait sur le manque de crédibilité et de fiabilité du témoignage de la plaignante en général et, bien sûr, sur le témoignage de M. Dinardo qui niait les allégations de la plaignante. Dans ce contexte, le juge du procès avait l'obligation d'expliquer, même succinctement, comment il avait résolu les problèmes que posait ce témoignage pour rendre un verdict hors de tout doute raisonnable.

[30] J'insiste sur le fait que, même si les motifs du juge du procès ne sont pas suffisants, selon le critère applicable, pour permettre un examen valable en appel en l'espèce, aucune règle générale n'exige que les motifs soient suffisamment détaillés pour permettre à la juridiction d'appel d'instruire toute l'affaire à nouveau. Il n'est pas nécessaire d'établir que le juge du procès avait conscience et a tenu compte de tous les éléments de preuve, ou encore qu'il a répondu à chaque argument soulevé par les avocats (*Braich*, par. 38). À cet égard, le juge Binnie a tenu les propos suivants dans *Sheppard* :

[D]ans la grande majorité des affaires criminelles, tant les questions litigieuses que le raisonnement qu'a suivi le juge de première instance pour arriver au résultat seront vraisemblablement clairs pour toutes les parties

undue shift in focus from the correctness of the result to an esoteric dissection of the words used to express the reasoning process behind it. [para. 60]

[31] As I explained at the outset of the analysis, the inquiry into the sufficiency of the reasons should be directed at whether the reasons respond to the case's live issues. In this case, the complainant's truthfulness was very much a live issue — the trial judge recognized it as so during the *voir dire* to determine whether the complainant was competent to testify. At trial, two of the witnesses testified that the complainant could be untruthful and manipulative. While it was open to the trial judge to conclude that he was convinced beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused, it was not open to him to do so without explaining how he reconciled the complainant's inconsistent testimony, particularly in light of the accused's own evidence denying her allegations.

[32] This Court emphasized in *Sheppard* that no error will be found where the basis for the trial judge's conclusion is "apparent from the record, even without being articulated" (para. 55). If the trial judge's reasons are deficient, the reviewing court must examine the evidence and determine whether the reasons for conviction are, in fact, patent on the record. This exercise is not an invitation to appellate courts to engage in a reassessment of aspects of the case not resolved by the trial judge. Where the trial judge's reasoning is not apparent from the reasons or the record, as in the instant case, the appeal court ought not to substitute its own analysis for that of the trial judge (*Sheppard*, at paras. 52 and 55).

[33] In my view, the majority's reassessment of the complainant's credibility went beyond the approach advocated in *Sheppard* and is inconsistent with the standard of review of credibility findings (*R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131). Rather than asking whether the reasons for conviction were obvious from a review of the record, the majority satisfied itself that the trial judge did not

concernées. La responsabilité judiciaire vise l'équité fondamentale et non la perfection, et elle ne justifie pas qu'on opère un changement indu de perspective en s'attachant davantage à une dissection ésotérique des mots employés pour exprimer le raisonnement qui sous-tend le résultat qu'à la justesse du résultat. [par. 60]

[31] Comme je l'ai expliqué au début de l'analyse, pour déterminer si les motifs sont suffisants, il faut se demander s'ils répondent aux questions en litige. En l'espèce, la sincérité de la plaignante constituait manifestement une question litigieuse — le juge du procès l'a d'ailleurs reconnu pendant le voir-dire visant à déterminer si elle était habile à témoigner. Lors du procès, deux des témoins ont déclaré que la plaignante pouvait mentir et se montrer manipulatrice. Le juge du procès pouvait conclure qu'il était convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé, mais il ne pouvait pas le faire sans expliquer comment il avait concilié les déclarations contradictoires de la plaignante, plus particulièrement au regard du témoignage de l'accusé qui en niait les allégations.

[32] Notre Cour a souligné dans *Sheppard* qu'il ne sera pas conclu à une erreur si le fondement de la conclusion du juge de première instance ressort « du dossier, même sans être précisé » (par. 55). Si les motifs du juge du procès comportent des lacunes, il incombera au tribunal d'appel de passer la preuve en revue et de décider si les motifs sur lesquels repose la déclaration de culpabilité ressortent clairement du dossier. Cette démarche ne permet pas aux tribunaux d'appel de réévaluer les éléments d'une affaire qui n'ont pas été résolus par le juge du procès. Dans les cas où le raisonnement du juge du procès ne ressort pas clairement de ses motifs ou du dossier, comme en l'espèce, le tribunal d'appel ne doit pas substituer sa propre analyse à celle du juge de première instance (*Sheppard*, par. 52 et 55).

[33] J'estime que l'appréciation de la crédibilité de la plaignante à laquelle se sont livrés les juges majoritaires de la Cour d'appel outrepassait la démarche préconisée dans *Sheppard* et dérogeait à la norme de contrôle applicable aux conclusions sur la crédibilité (*R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, p. 131). Plutôt que de se demander si les motifs sur lesquels reposait la déclaration de culpabilité

fall into error by engaging in its own analysis of the evidence, including the complainant's evidence about inventing stories. The majority examined the troubling testimony, which Rochon J.A. referred to as [TRANSLATION] "surprising comments" (para. 70), as well as the trial judge's follow-up questions to the complainant at the end of her testimony. The majority held that the trial judge's questions [TRANSLATION] "helped clarify some of the victim's answers that might at first glance seem troubling" (para. 73), and concluded that meaningful appellate review was possible on the record.

[34] With respect, I find it difficult to understand how a review of the trial judge's questions to the complainant could have clarified her conflicting testimony. On the contrary, the questions expose the very real obstacle to appellate review posed by the trial judge's failure to state explicitly why he accepted the complainant's evidence despite its difficulties. The complainant provided inconsistent testimony throughout the proceedings on the issue of whether she knew what it meant to invent a story; the complainant's answers to the trial judge's questions provide little clarification in this regard. Without some explanation in his reasons for judgment, there is simply no way to know how the trial judge satisfied himself that the complainant was a credible witness.

[35] The majority also stated that [TRANSLATION] "[t]he judge's comments about the victim's testimony must be considered in light of the fact that the victim has a mild intellectual disability" (para. 48). While I agree that the complainant's testimony must be assessed in the light of her mental disability, this does not lower the standard of proof or absolve the trial judge of his responsibility to explain how he reconciled the complainant's difficult testimony. I do not mean to suggest that a more detailed credibility analysis is required in the case of witnesses with mental disabilities; as with any witness whose evidence presents serious difficulties,

ressortaient clairement d'un examen du dossier, la majorité s'est assurée que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en procédant à sa propre analyse de la preuve, y compris des propos de la plaignante sur la possibilité qu'elle invente des histoires. Les juges majoritaires ont examiné le témoignage troublant, que le juge Rochon a qualifié de « propos étonnants » (par. 70), ainsi que les questions complémentaires posées par le juge du procès à la plaignante à la fin de son témoignage. Ils ont conclu que les questions du juge du procès « contribu[aient] à clarifier des réponses de la victime qui, à première vue, peuvent paraître troublantes » (par. 73) et que le dossier permettait un examen valable en appel.

[34] En toute déférence, je ne comprends pas très bien comment l'examen des questions posées par le juge du procès à la plaignante aurait permis de concilier ses déclarations contradictoires. Au contraire, ces questions font ressortir à quel point le défaut du juge du procès d'expliquer clairement pourquoi il a ajouté foi au témoignage de la plaignante, malgré les problèmes qu'il posait, crée un obstacle très réel à l'examen en appel. Pendant toute l'instance, la plaignante a fait des déclarations contradictoires quant à savoir si elle savait ce que c'était que d'inventer une histoire et ses réponses aux questions du juge du procès n'ont guère permis d'éclaircir ce point. Étant donné que le juge n'a pas fourni d'explication dans ses motifs, il est tout simplement impossible de savoir comment il est arrivé à la conclusion que la plaignante était un témoin crédible.

[35] Les juges majoritaires ont également déclaré que « [l]es propos du juge sur le témoignage de la victime doivent être examinés en fonction du fait que la victime souffre d'une légère déficience intellectuelle » (par. 48). La déficience intellectuelle de la plaignante doit être prise en compte dans l'évaluation de son témoignage, j'en conviens, mais je ne crois pas que cela abaisse la norme de preuve applicable ni ne décharge le juge du procès de son obligation d'expliquer comment il a concilié les incohérences dans le témoignage de la plaignante. Je ne veux pas donner à penser qu'il faille procéder à une analyse de la crédibilité plus poussée dans le cas de

however, some explanation is required if the evidence is to form the basis for convicting the accused. The words of this Court bear repeating:

> [The] accused is entitled to know why the trial judge is left with no reasonable doubt.
>
> (*Gagnon*, at para. 21)

The only indication of the trial judge's reasoning process is his reliance on the corroborative value of the complainant's prior consistent statements. This, as the majority of the Court of Appeal correctly found, constituted an error of law. As I will now explain, having regard to the reasons as a whole and the context of the trial, I cannot agree with the majority's conclusion that no harm was occasioned by the use of these statements.

3.2 *Prior Consistent Statements*

[36] As a general rule, prior consistent statements are inadmissible (*R. v. Stirling*, [2008] 1 S.C.R. 272, 2008 SCC 10). There are two primary justifications for the exclusion of such statements: first, they lack probative value (*Stirling*, at para. 5), and second, they constitute hearsay when adduced for the truth of their contents.

[37] In some circumstances, prior consistent statements may be admissible as part of the narrative. Once admitted, the statements may be used for the limited purpose of helping the trier of fact to understand how the complainant's story was initially disclosed. The challenge is to distinguish between "using narrative evidence for the impermissible purpose of 'confirm[ing] the truthfulness of the sworn allegation'" and "using narrative evidence for the permissible purpose of showing the fact and timing of a complaint, which may then *assist the trier of fact in the assessment* of truthfulness or credibility" *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (4th ed. (loose-leaf)), at pp. 11-44 and 11-45 (emphasis in original); see also

témoins ayant une déficience intellectuelle. En fait, dans tous les cas où un témoignage pose des problèmes importants, il faut fournir une explication si ce témoignage doit servir de fondement à la déclaration de culpabilité de l'accusé. Les propos tenus par notre Cour méritent d'être répétés :

> [L]'accusé est en droit de savoir pourquoi le juge du procès écarte le doute raisonnable.
>
> (*Gagnon*, par. 21)

Le seul indice du raisonnement suivi par le juge du procès est le poids qu'il a accordé aux déclarations antérieures compatibles de la plaignante en tant que preuve corroborante. C'était là une erreur de droit, comme l'a conclu à juste titre la majorité de la Cour d'appel. Toutefois, comme je le préciserai, compte tenu des motifs dans leur ensemble et du contexte du procès, je ne peux me rallier à la conclusion de la majorité voulant qu'aucun tort n'ait été causé par l'utilisation de ces déclarations.

3.2 *Déclarations antérieures compatibles*

[36] Règle générale, les déclarations antérieures compatibles sont inadmissibles (*R. c. Stirling*, [2008] 1 R.C.S. 272, 2008 CSC 10). Ces déclarations sont exclues principalement parce que, d'une part, elles n'ont pas de force probante (*Stirling*, par. 5) et que, d'autre part, elles constituent du ouï-dire lorsqu'elles sont utilisées pour la véracité de leur contenu.

[37] Dans certaines circonstances, les déclarations antérieures compatibles peuvent être admissibles en tant que partie intégrante du récit des faits. Une fois admises en preuve, ces déclarations peuvent être utilisées dans le but limité d'aider le juge des faits à comprendre comment les faits relatés par le plaignant ont été divulgués à l'origine. La difficulté, c'est de faire la distinction entre [TRADUCTION] « l'utilisation du récit des faits dans le but inadmissible de "confirmer la véracité des déclarations faites sous serment" » et « l'utilisation du témoignage narratif dans le but admissible d'établir l'existence d'une plainte et le moment de son dépôt, ce qui pourrait alors *aider le juge des faits dans son appréciation* de la véracité ou

R. v. F. (J.E.) (1993), 85 C.C.C. (3d) 457 (Ont. C.A.), at p. 476).

[38] In *R. v. G.C.*, [2006] O.J. No. 2245 (QL), the Ontario Court of Appeal noted that the prior consistent statements of a complainant may assist the court in assessing the complainant's likely truthfulness, particularly in cases involving allegations of sexual assault against children. As Rouleau J.A. explained, for a unanimous court:

> Although properly admitted at trial, the evidence of prior complaint cannot be used as a form of self-corroboration to prove that the incident in fact occurred. It cannot be used as evidence of the truth of its contents. However, the evidence can "be supportive of the central allegation in the sense of creating a logical framework for its presentation", as set out above, and can be used in assessing the truthfulness of the complainant. As set out in *R. v. F. (J.E.)* at p. 476:
>
> > The fact that the statements were made is admissible to assist the jury as to the sequence of events from the alleged offence to the prosecution so that they can understand the conduct of the complainant and assess her truthfulness. However, the jury must be instructed that they are not to look to the content of the statements as proof that a crime has been committed.
>
> The trial judge understood the limited use that could be made of this evidence as appears from his reasons:
>
> > [I]t certainly struck me while the fact that you go and tell somebody that you were molested doesn't confirm the fact that you were molested. I'm struck by the manner or the way it came out, tends to confirm [the complainant's] story — how they were reading this book, and how the thing came up about child sexual abuse.
>
> In cases involving sexual assault on young children, the courts recognize the difficulty in the victim providing a full account of events. In appropriate cases, the way the complaint comes forth can, by adding or detracting from the logical cogency of the child's evidence, be a useful tool in assisting the trial judge in the

de la crédibilité des déclarations » *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (4e éd. (feuilles mobiles)), p. 11-44 et 11-45 (en italique dans l'original); voir aussi *R. c. F. (J.E.)* (1993), 85 C.C.C. (3d) 457 (C.A. Ont.), p. 476).

[38] Dans *R. c. G.C.*, [2006] O.J. No. 2245 (QL), la Cour d'appel de l'Ontario a fait remarquer que les déclarations antérieures compatibles d'un plaignant pouvaient aider le tribunal à évaluer la probabilité qu'il soit sincère, notamment dans les cas d'allégations d'agressions sexuelles commises contre des enfants. Le juge Rouleau, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour d'appel, s'est exprimé ainsi :

> [TRADUCTION] Bien qu'elle ait été admise à bon droit au procès, la preuve d'une plainte antérieure ne peut servir à corroborer la survenance de l'incident en cause. Elle ne peut servir à prouver la véracité de son contenu. Toutefois, cette preuve peut servir à « étayer l'allégation principale en constituant un cadre logique pour sa présentation », comme nous l'avons vu plus haut, et à apprécier la sincérité de la plaignante. À cet égard, l'arrêt *R. c. F. (J.E.)* précise ce qui suit, à la p. 476 :
>
> > Le fait que les déclarations ont été faites est admissible en preuve pour aider le jury à suivre le déroulement des événements, de la perpétration de l'infraction jusqu'à l'engagement de poursuites, afin qu'il puisse comprendre la conduite de la plaignante et apprécier sa sincérité. Toutefois, il faut prévenir les jurés de l'importance de ne pas considérer le contenu des déclarations comme une preuve de la perpétration d'un crime.
>
> Le juge du procès était conscient de l'utilisation limitée qui pouvait être faite de cette preuve, comme le montrent ses motifs :
>
> > [J]'ai été vraiment frappé, même si le fait de dire à quelqu'un qu'on a été agressé ne confirme pas en soi l'agression. J'ai été frappé par la manière dont elle en a parlé, cela tend à confirmer le récit [de la plaignante] — c'est-à-dire comment ils lisaient un livre et comment ils en sont venus à parler de l'abus sexuel des enfants.
>
> Dans les cas d'agressions sexuelles commises contre de jeunes enfants, les tribunaux ont reconnu qu'il était difficile d'obtenir de la victime un récit détaillé des faits. Dans certains cas, la manière dont l'enfant finit par divulguer les faits peut servir d'outil utile au juge du procès dans son appréciation de la sincérité de l'enfant,

assessment of the child's truthfulness. This was such a case. [Emphasis added; paras. 20-22.]

[39] The Ontario Court of Appeal's reasoning in *G.C.* applies equally to the facts of this case. The complainant's prior consistent statements were not admissible under any of the traditional hearsay exceptions. Thus, the statements could not be used to confirm her in-court testimony. However, in light of the evidence that the complainant had difficulty situating events in time, was easily confused, and lied on occasion, the spontaneous nature of the initial complaint and the complainant's repetition of the essential elements of the allegations provide important context for assessing her credibility.

[40] The Court of Appeal correctly concluded that the trial judge erred when he considered the contents of the complainant's prior consistent statements to corroborate her testimony at trial, noting in his judgment that [TRANSLATION] "there is a form of corroboration in the facts and statements of the victim, who never contradicted herself" (para. 68). I am unable to agree with the majority, however, that the accused suffered no prejudice from the trial judge's improper use of the statements. The trial judge relied heavily on the corroborative value of the complainant's prior statements in convicting Mr. Dinardo. He was clearly of the view that the complainant's consistency in recounting the allegations made her story more credible. Accordingly, I would also allow the appeal on this basis.

4. Disposition

[41] I would allow the appeal and order a new trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Catherine Sheitoyan, Montréal; Marco Labrie, Longueuil, Quebec.

soit en renforçant ou en affaiblissant la force probante logique de son témoignage. Il en est ainsi en l'espèce. [Je souligne; par. 20-22.]

[39] Le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *G.C.* s'applique tout autant aux faits de l'espèce. Les déclarations antérieures compatibles de la plaignante n'étaient pas admissibles en preuve suivant les exceptions habituelles à la règle du ouï-dire. Ainsi, ces déclarations ne pouvaient servir à confirmer son témoignage au procès. Toutefois, à la lumière de la preuve selon laquelle la plaignante avait du mal à replacer les événements dans leur contexte temporel et qu'elle s'embrouillait facilement et mentait à l'occasion, il importe de noter que la spontanéité de sa déclaration initiale ainsi que la répétition des éléments essentiels de ses allégations fournissent un contexte très utile à l'appréciation de sa crédibilité.

[40] La Cour d'appel a conclu à bon droit que le juge du procès avait commis une erreur en jugeant que le contenu des déclarations antérieures compatibles de la plaignante corroborait son témoignage au procès, soulignant dans ses motifs qu'« il y a une forme de corroboration dans les faits et les déclarations de la victime, qui ne s'est jamais démentie » (par. 68). Contrairement aux juges majoritaires de la Cour d'appel, j'estime toutefois que l'utilisation des déclarations à mauvais escient par le juge du procès a causé un tort à l'accusé. Le juge a conclu à la culpabilité de M. Dinardo en accordant un poids considérable aux déclarations antérieures de la plaignante en tant que preuve corroborante. De toute évidence, il croyait que la cohérence des déclarations de la plaignante ajoutait à la crédibilité de son récit. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur ce fondement également.

4. Dispositif

[41] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Catherine Sheitoyan, Montréal; Marco Labrie, Longueuil, Québec.

Solicitor for the respondent: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Longueuil, Quebec.

Procureur de l'intimée : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Longueuil, Québec.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Standard of review — Proper approach to judicial review of administrative decision makers — Whether judicial review should include only two standards: correctness and reasonableness.

DUNSMUIR v. NEW BRUNSWICK, 190.

2. Judicial review — Standard of review — Employee holding office "at pleasure" in provincial civil service dismissed without alleged cause with four months' pay in lieu of notice — Adjudicator interpreting enabling statute as conferring jurisdiction to determine whether discharge was in fact for cause — Adjudicator holding employer breached duty of procedural fairness and ordering reinstatement — Whether standard of reasonableness applicable to adjudicator's decision on statutory interpretation issue — Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 97(2.1), 100.1(5) — Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, s. 20.

DUNSMUIR v. NEW BRUNSWICK, 190.

3. Natural justice — Procedural fairness — Dismissal of public office holders — Employee holding office "at pleasure" in provincial civil service dismissed without alleged cause with four months' pay in lieu of notice — Employee not informed of reasons for termination or provided with opportunity to respond — Whether employee entitled to procedural fairness — Proper approach to dismissal of public employees.

DUNSMUIR v. NEW BRUNSWICK, 190.

4. Procedural fairness — Distinction between private and public actions of public administration — SAAQ entering into contract with mechanical inspection centre to carry out, on its behalf, inspection of road vehicles and to issue certificates of mechanical inspection — Contract appendix designating centre employee as accredited mechanic for purposes of execution of contract — Appendix signed by SAAQ, centre and employee — Employee's accreditation subsequently revoked by SAAQ — Act respecting administrative justice requiring Quebec government bodies to comply with procedural fairness in their discretionary decision-making processes — Whether centre employee entitled to procedural fairness with respect to SAAQ's decision to revoke his accreditation — Whether relationship established by appendix between centre employee and SAAQ precluded application of principles of public law — Act respecting administrative justice, R.S.Q., c. J-3, s. 5 — Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2, s. 520.

SOCIÉTÉ DE L'ASSURANCE AUTOMOBILE DU QUÉBEC v. CYR, 338.

ADMINISTRATIVE LAW — (Concluded)

CIVIL PROCEDURE

1. Discovery — Implied undertaking of confidentiality — Collateral use of discovery information — Discovery information thought to disclose criminal acts — Underlying civil claim settled after discovery — Authorities seeking to obtain information disclosed during pre-trial discovery — Whether Attorney General has standing to seek to vary implied undertaking to which he is not party — If so, whether application should be rejected in circumstances of this case.

JUMAN v. DOUCETTE, 157.

2. Discovery — Implied undertaking of confidentiality — Scope of "implied undertaking" rule.

JUMAN v. DOUCETTE, 157.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Detainee being held in cell at RCMP detachment shot by police officer during altercation — Police officer convicted of manslaughter committed with use of firearm — Criminal Code providing for mandatory minimum four-year sentence — Whether minimum sentence constitutes cruel and unusual punishment in circumstances of this case — If so, whether trial judge entitled to grant constitutional exemption from four-year minimum and impose lesser sentence — Constitution Act, 1982, s. 52 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 12, 24(1) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 236(a).

R. v. FERGUSON, 96.

CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)

2. Charter of Rights — Remedy — Constitutional exemption — Availability — Whether constitutional exemption under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms available to accused as remedy in particular case where minimum sentence of imprisonment found to be cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of Charter — Whether appropriate remedy is declaration pursuant to s. 52 of Constitution Act, 1982 that law imposing such punishment is inconsistent with Charter.

R. v. FERGUSON, 96.

3. Taxation — Business licence fees — Distinction between a tax and a regulatory charge — Fees for licences required for businesses in national park selling liquor imposed pursuant to regulatory scheme under authority granted by statute to minister — Licensing fee ultra vires minister's powers if a tax — Whether annual business licence fees a tax or a regulatory charge — Constitution Act, 1867, s. 53 — Canada National Parks Act, S.C. 2000, c. 32, s. 16(1)(n), (r) — Parks Canada Agency Act, S.C. 1998, c. 31, s. 24 — National Parks General Regulations, SOR/78-213, s. 39 — National Parks of Canada Business Regulations, SOR/98-455, s. 4.

620 CONNAUGHT LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 131.

4. Charter of Rights — Language rights — Communications by public with New Brunswick institutions — Royal Canadian Mounted Police acting as provincial police force in New Brunswick under agreement between federal and provincial governments — Whether Royal Canadian Mounted Police required to fulfil language obligations imposed on New Brunswick institutions by s. 20(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

SOCIÉTÉ DES ACADIENS ET ACADIENNES DU NOUVEAU-BRUNSWICK INC. v. CANADA, 383.

5. Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Bus stations — Police officer involved in special operation designed to detect drug couriers at bus stations observing suspicious passenger disembarking from bus — Officer approaching passenger and asking to inspect contents of his bag — Passenger starting to open bag when officer reached hand out — Passenger pulling bag back and acting nervously — Officer signaling to another officer with sniff dog to approach — Dog indicating presence of drugs in passenger's bag — Passenger arrested and drugs found on him and in his bag upon search — Whether dog sniff constituted search — If so, whether search reasonable — If search unreasonable, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. KANG-BROWN, 456.

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

6. Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Schools — Police using sniffer dog to search school for illicit drugs — Positive alert by dog to student's backpack left in school gymnasium leading to examination of content of backpack by police officer, who confirmed presence of illegal drugs — Whether dog sniff constituted search of content of student backpack — If so, whether search reasonable — If search unreasonable, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. A.M., 569.

7. Charter of Rights — Mobility rights — Right to remain in Canada — Extradition — Whether Minister of Justice's decision to surrender fugitive to U.S. breached his mobility rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1).

LAKE v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE), 761.

CRIMINAL LAW

1. Evidence — Fresh evidence — Whether Court of Appeal erred in dismissing motion to adduce fresh evidence.

R. v. BEAULIEU, 3.

2. Evidence — Credibility — Burden of proof — Accused convicted of two counts of sexual assault — Whether trial judge misapplied burden of proof — Whether trial judge misapprehended and mischaracterized evidence leading to convictions.

R. v. C.L.Y., 5.

3. Dangerous operation of motor vehicle causing death — Elements of offence — Distinction between civil and penal negligence in criminal setting — Accused's vehicle crossing centre line for no apparent reason and hitting oncoming vehicle, killing all three occupants — Whether accused's momentary lapse of attention satisfies requirements of offence of dangerous operation of motor vehicle — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 249(4).

R. v. BEATTY, 49.

4. Evidence — Prior consistent statements — Witness — Accused convicted of criminal negligence causing death and criminal negligence causing bodily harm — Witness who was in car at time of accident testifying that accused was driver of vehicle — Witness's prior consistent statements admitted into evidence to rebut allegation of recent fabrication — Whether trial judge used statements for truth of their contents and to support credibility of witness.

R. v. STIRLING, 272.

CRIMINAL LAW — (Continued)

5. Sentencing — Conditional sentence — Breach of condition — Evidentiary requirements for establishing breach of conditional sentence order — When must supervisor's report include signed statements of witnesses to prove allegation of breach of condition — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 742.6(4).

R. v. McIvor, 285.

6. Production orders — Exemption from compliance — Production orders issued to compel third party to provide police with call records related to separate criminal investigations — Third party arguing compliance without compensation unreasonable — Whether judge can make compensation term or condition of production order — Whether financial costs of compliance with production order unreasonable — Whether exemption should be granted — Meaning of "unreasonable" in Criminal Code's exemption provision — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487.012, 487.015(4).

Tele-Mobile Co. v. Ontario, 305.

7. Evidence — Operation of vehicle with blood alcohol level exceeding legal limit — Criminal Code providing that, absent evidence to contrary, breathalyzer reading above 80 mg of alcohol per 100 ml of blood is proof that blood alcohol concentration exceeded legal limit at time of driving — Expert opinion evidence placing accused's blood alcohol concentration in range that straddled legal limit at time of driving — Whether expert evidence of alcohol elimination rates in general population and "straddle evidence" can rebut presumption — Whether expert evidence of post-offence testing of alcohol elimination rate of accused can rebut presumption — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(d.1).

R. v. Gibson, 397.

8. Charge to jury — First degree murder — Intoxication — Planning and deliberation — Trial judge's instructions may have confused jury about role of accused's intoxication in assessing intent, planning and deliberation — Curative proviso not applicable — New trial ordered.

R. v. Turningrobe, 454.

9. Sentencing — Pre-sentence custody — Probation — Eligibility for parole — Sentence of imprisonment of less than two years imposed on accused persons who had already been detained for significant periods before being sentenced — Whether it was also open to trial judge to make probation or parole ineligibility order — Whether time spent in pre-sentence custody can be treated as part of term of imprisonment imposed on accused at time of sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 731(1)(b), 743.6(1.2).

R. v. Mathieu, 723.

CRIMINAL LAW — (Concluded)

10. Trial — Judgments — Duty of trial judge to give reasons — Credibility of complainant — Accused convicted of sexual assault and sexual exploitation of a person with a disability — Complainant's testimony containing inconsistencies — Whether trial judge's reasons sufficient for meaningful appellate review on question of credibility — Whether trial judge sufficiently explained why he rejected accused's denial of guilt and how he resolved significant issues of credibility concerning complainant's testimony.

R. v. Dinardo, 788.

11. Evidence — Prior consistent statements — Credibility of complainant — Accused convicted of sexual assault and sexual exploitation of a person with a disability — Complainant's testimony containing inconsistencies — Trial judge considering contents of complainant's prior consistent statements to corroborate her testimony — Whether trial judge's improper use of statements caused prejudice to accused.

R. v. Dinardo, 788.

DAMAGES

Past and future wage loss — Periods of incarceration — Plaintiff seeking damages for injuries suffered as consequence of sexual assaults — Whether plaintiff entitled to compensation for wage loss while he was incarcerated — Whether plaintiff can be compensated for time spent in prison after he became eligible for parole — Whether recovery for past wage loss while incarcerated barred by application of ex turpi causa non oritur actio doctrine or novus actus interveniens doctrine — Whether Court of Appeal erred in reducing award for loss of future earnings.

British Columbia v. Zastowny, 27.

EMPLOYMENT LAW

Wrongful dismissal — Damages — Duty to mitigate — Union employee wrongfully dismissed after new union executive took office — Whether employee required to mitigate damages by returning to work for same employer.

Evans v. Teamsters Local Union No. 31, 661.

EXTRADITION

1. Surrender — Minister of Justice surrendering fugitive to U.S. — Whether extradition unjustifiably infringed fugitive's mobility rights — Whether Minister erred in his assessment of Cotroni factors — Whether Minister failed to provide adequate reasons for surrender — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1).

LAKE v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE), 761.

2. Judicial review of Minister's order — Standard of review — Minister of Justice surrendering fugitive to U.S. — Whether reasonableness standard applies to Minister's decision to order surrender of fugitive when fugitive's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms engaged — If so, whether Minister's decision was reasonable — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 57.

LAKE v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE), 761.

LIMITATION OF ACTIONS

Action by aboriginal people — Discovery of cause of action — Action brought against Crown based on breach of fiduciary duty, fraudulent and malicious behaviour and treaty breach — Whether claims statute-barred — Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, c. L-15, s. 4.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. LAMEMAN, 372.

POLICE

1. Torts committed by police officers — Scope of vicarious liability of Attorney General — Police officer chasing stolen car in city street — Innocent driver killed in collision with stolen car — Uninsured 14-year-old driver of stolen car found 90 percent liable and police officer 10 percent — Multiple tortfeasors at fault for same damage jointly and severally liable under Negligence Act — No action for damages lying against police officer under Police Act for acts of simple negligence done in performance of duty — Liability arising from police officer's fault transferred to Attorney General — Attorney General's liability not limited to proportion of damages attributed to fault of police officer — Victim entitled to full compensation from Attorney General as damages indivisible — Police Act, R.S.B.C. 1996, c. 367, ss. 11, 21 — Negligence Act, R.S.B.C. 1996, c. 333, s. 4(2).

BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL) v. INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA, 21.

POLICE — (Concluded)

2. Royal Canadian Mounted Police — Official languages — Royal Canadian Mounted Police acting as provincial police force in New Brunswick under agreement between federal and provincial governments — Whether Royal Canadian Mounted Police required to fulfil language obligations imposed on New Brunswick institutions by s. 20(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

SOCIÉTÉ DES ACADIENS ET ACADIENNES DU NOUVEAU-BRUNSWICK INC. v. CANADA, 383.

3. Police powers — Investigative tools — Sniffer dogs — Whether common law powers of police to investigate crime include use of sniffer dogs.

R. v. KANG-BROWN, 456.

4. Police powers — Investigative tools — Sniffer dogs — Whether common law powers of police to investigate crime include use of sniffer dogs.

R. v. A.M., 569.

TORTS

Negligence — Duty of care — Tendering process — Recovery for pure economic loss — Owner awarding construction contract to non-compliant bidder following "design-build" tendering process — Subcontractors to contractor which should have been awarded contract suing owner in tort for economic loss suffered — Whether owner owed duty of care to subcontractors — Whether claim fits within recognized duty of care category — Whether new duty of care between owner and subcontractors should be recognized.

DESIGN SERVICES LTD. v. CANADA, 737

INDEX

DOMMAGES-INTÉRÊTS

Perte de rémunération antérieure et ultérieure — Périodes d'incarcération — Demandeur sollicitant des dommages-intérêts pour le préjudice que des agressions sexuelles lui ont causé — Le demandeur a-t-il droit à une indemnité pour la perte de rémunération subie pendant qu'il était incarcéré? — Le demandeur peut-il être indemnisé pour le temps qu'il a passé derrière les barreaux après être devenu admissible à la libération conditionnelle? — L'application du principe ex turpi causa non oritur actio ou du principe novus actus interveniens fait-elle obstacle à l'indemnisation de la perte de rémunération antérieure subie pendant l'incarcération? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en abaissant le montant de l'indemnité accordée pour la perte de revenus ultérieure?

COLOMBIE-BRITANNIQUE c. ZASTOWNY, 27.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Démarche appropriée pour le contrôle judiciaire d'une décision administrative — Le contrôle judiciaire devrait-il s'effectuer au regard de deux normes seulement : celle de la décision correcte et celle de la raisonnabilité?

DUNSMUIR c. NOUVEAU-BRUNSWICK, 190.

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Fonctionnaire provincial amovible congédié sans motif avec indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis — Arbitre concluant que sa loi habilitante l'autorisait à déterminer si le congédiement constituait en fait un congédiement pour motif — Arbitre statuant que l'employeur avait manqué à son obligation d'équité procédurale et ordonnant la réintégration de l'employé — La norme de la décision raisonnable s'appliquait-elle à l'interprétation de la loi par l'arbitre? — Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 97(2.1), 100.1(5) — Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, art. 20.

DUNSMUIR c. NOUVEAU-BRUNSWICK, 190.

3. Justice naturelle — Équité procédurale — Congédiement d'un titulaire de charge publique nommé à titre amovible — Congédiement sans motif avec indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis — Employeur n'ayant pas précisé les motifs du congédiement ni donné à l'employé la possibilité d'y répondre — L'employé avait-il droit à l'équité procédurale? — Démarche appropriée pour le congédiement d'un fonctionnaire.

DUNSMUIR c. NOUVEAU-BRUNSWICK, 190.

DROIT ADMINISTRATIF — (Fin)

4. Équité procédurale — Distinction entre les actions privées et publiques d'une autorité publique — Contrat conclu par la SAAQ avec un centre de vérification mécanique pour qu'il effectue, pour son compte, la vérification des véhicules routiers et délivre des certificats de vérification mécanique — Employé du centre désigné comme mécanicien accrédité pour l'exécution du contrat dans une annexe du contrat — Annexe signée par la SAAQ, le centre et l'employé — Accréditation de l'employé révoquée ultérieurement par la SAAQ — Loi sur la justice administrative obligeant les ministères et organismes gouvernementaux québécois à agir conformément aux règles de l'équité procédurale dans les processus décisionnels qui relèvent de leur pouvoir discrétionnaire — L'employé du centre a-t-il droit au respect des règles d'équité procédurale dans le contexte de la décision de la SAAQ de révoquer son accréditation? — Le lien créé par l'annexe entre l'employé du centre et la SAAQ empêche-t-il l'application des principes de droit public? — Loi sur la justice administrative, L.R.Q., ch. J-3, art. 5 — Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2, art. 520.

SOCIÉTÉ DE L'ASSURANCE AUTOMOBILE DU QUÉBEC c. CYR, 338.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Détenu incarcéré dans une cellule du détachement de la GRC abattu par un policier au cours d'une altercation — Policier déclaré coupable d'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu — Peine minimale obligatoire de quatre ans prescrite par le Code criminel — La peine minimale constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée dans les circonstances de l'affaire? — Dans l'affirmative, le juge du procès peut-il accorder une exemption constitutionnelle écartant l'emprisonnement minimal de quatre ans et infliger une peine moins sévère? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12, 24(1) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 236a).

R. c. FERGUSON, 96.

2. Charte des droits — Réparation — Exemption constitutionnelle — Possibilité d'obtenir une exemption — Un accusé

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

peut-il obtenir une exemption constitutionnelle en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés à titre de réparation dans une situation particulière où la peine d'emprisonnement minimale est jugée constituer une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la Charte? — La réparation appropriée consiste-t-elle à déclarer en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 que la disposition législative prescrivant cette peine est incompatible avec la Charte?

R. c. FERGUSON, 96.

3. Taxation — Droits de permis commercial — Distinction entre une taxe et une redevance de nature réglementaire — Régime de réglementation établi en vertu du pouvoir que la loi accorde au ministre obligeant les commerces qui vendent de la boisson dans un parc national à payer des droits de permis — Si les droits de permis sont une taxe, ils excèdent les pouvoirs du ministre — Les droits de permis commercial payables chaque année sont-ils une taxe ou une redevance de nature réglementaire? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 53 — Loi sur les parcs nationaux du Canada, L.C. 2000, ch. 32, art. 16(1)n), r) — Loi sur l'Agence Parcs Canada, L.C. 1998, ch. 31, art. 24 — Règlement général sur les parcs nationaux, DORS/78-213, art. 39 — Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada, DORS/98-455, art. 4.

620 CONNAUGHT LTD. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 131.

4. Charte des droits — Droits linguistiques — Communications entre les administrés et les institutions du Nouveau-Brunswick — Gendarmerie royale du Canada jouant le rôle de service de police provincial au Nouveau-Brunswick en vertu d'une entente conclue par le fédéral et la province — La Gendarmerie royale du Canada est-elle tenue de respecter les obligations linguistiques imposées aux institutions du Nouveau-Brunswick par l'art. 20(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

SOCIÉTÉ DES ACADIENS ET ACADIENNES DU NOUVEAU-BRUNSWICK INC. c. CANADA, 383.

5. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Gares d'autobus — Policier participant à une opération spéciale destinée à détecter les passeurs de drogue dans les gares d'autobus observant un passager suspect qui descend d'un autobus — Policier abordant le passager et lui demandant à voir le contenu de son sac — Policier tendant la main vers le sac au moment où le passager commence à l'ouvrir — Passager tirant le sac vers lui et manifestant de la nervosité — Policier faisant signe à un autre policier de s'amener avec son chien renifleur — Chien indiquant la présence de drogue dans le sac du passager — Passager mis en état d'arrestation et drogue découverte sur lui et dans son sac lors d'une fouille — L'intervention du chien renifleur constituait-elle une fouille? — Dans l'affirmative, la fouille était-elle non abusive? — Si la fouille était abusive, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. c. KANG-BROWN, 456.

6. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Écoles — Police utilisant un chien renifleur pour fouiller une école à la recherche de drogues illicites — Réaction positive du chien signalant un sac à dos laissé par un élève dans le gymnase de l'école amenant le policier à examiner le contenu du sac et à confirmer la présence de drogues illégales — L'intervention du chien renifleur constituait-elle une fouille du contenu du sac à dos de l'élève? — Dans l'affirmative, la fouille était-elle non abusive? — Si la fouille était abusive, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. c. A.M., 569.

7. Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Droit de demeurer au Canada — Extradition — La décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition d'un fugitif vers les États-Unis portait-elle atteinte à la liberté de circulation et d'établissement de l'intéressé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1).

LAKE c. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE), 761.

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

DROIT CRIMINEL

1. Preuve — Nouvelle preuve — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rejetant la requête pour preuve nouvelle?

R. c. BEAULIEU, 3.

2. Preuve — Crédibilité — Fardeau de la preuve — Accusé déclaré coupable de deux chefs d'agression sexuelle — La juge du procès a-t-elle commis une erreur dans l'application du fardeau de la preuve? — La juge du procès a-t-elle commis des erreurs dans l'appréciation et la qualification de la preuve qui ont mené aux déclarations de culpabilité?

R. c. C.L.Y., 5.

3. Conduite dangereuse d'un véhicule à moteur causant la mort — Éléments de l'infraction — Distinction entre la négligence civile et la négligence pénale dans un contexte criminel — Véhicule de l'accusé traversant la ligne médiane sans raison apparente et heurtant un autre véhicule circulant en sens inverse, causant la mort des trois occupants de celui-ci — L'inattention momentanée de l'accusé est-elle suffisante pour constituer l'infraction de conduite dangereuse d'un

DROIT CRIMINEL — (Suite)

véhicule à moteur? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 249(4).

R. c. BEATTY, 49.

4. Preuve — Déclarations antérieures compatibles — Témoin — Accusé déclaré coupable de négligence criminelle ayant causé la mort et de négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles — Occupant du véhicule témoignant que l'accusé était au volant au moment de l'accident — Déclarations antérieures compatibles du témoin admises en preuve aux fins de réfuter une allégation de fabrication récente — Le juge du procès a-t-il utilisé les déclarations pour la véracité de leur contenu et à l'appui de la crédibilité du témoin?

R. c. STIRLING, 272.

5. Détermination de la peine — Sursis à l'emprisonnement — Manquement aux conditions — Preuve qui doit être produite pour établir un manquement à une ordonnance de sursis à l'emprisonnement — Quand les déclarations signées des témoins doivent-elles figurer dans le rapport de l'agent de surveillance pour établir le prétendu manquement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 742.6(4).

R. c. McIVOR, 285.

6. Ordonnance de communication — Exemption de l'obligation — Ordonnances de communication obtenues pour contraindre un tiers à communiquer à la police des relevés d'appels pour les besoins d'enquêtes criminelles distinctes — Allégation du tiers selon laquelle il est déraisonnable de l'obliger à obtempérer sans l'indemniser — L'indemnisation du tiers fait-elle partie des conditions dont le juge peut assortir l'ordonnance de communication? — Le coût financier de l'obtempération à l'ordonnance de communication est-il déraisonnable? — L'exemption devrait-elle être accordée? — Signification du mot « déraisonnable » employé dans la disposition du Code criminel relative à l'exemption — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.012, 487.015(4).

SOCIÉTÉ TÉLÉ-MOBILE c. ONTARIO, 305.

7. Preuve — Conduite d'un véhicule avec une alcoolémie dépassant la limite légale — Code criminel prévoyant que l'indication par l'alcootest d'une alcoolémie supérieure à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, d'une alcoolémie au volant supérieure à la limite légale — Preuve d'expert situant l'alcoolémie de l'accusé lorsqu'il était au volant dans une fourchette chevauchant la limite légale — Une preuve d'expert relative aux taux d'élimination de l'alcool observés dans la population générale et la « preuve de chevauchement » permettent-elles de réfuter la présomption? — Une preuve d'expert fondée sur le taux d'élimination de l'accusé, établi au moyen de tests effectués après l'infraction, permet-elle de réfuter la présomption? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)d.1).

R. c. GIBSON, 397.

8. Exposé au jury — Meurtre au premier degré — Intoxication — Préméditation — Directives du juge du procès pouvant avoir semé la confusion dans l'esprit des jurés au sujet du rôle de l'intoxication de l'accusée dans l'appréciation de l'intention et de la préméditation — Disposition réparatrice inapplicable — Nouveau procès ordonné.

R. c. TURNINGROBE, 454.

9. Détermination de la peine — Détention provisoire — Probation — Admissibilité à la libération conditionnelle — Peine d'emprisonnement de moins de deux ans infligée à des accusés qui avaient déjà purgé une période significative de détention provisoire — Était-il loisible au juge du procès de prononcer également une ordonnance de probation ou d'inadmissibilité à la libération conditionnelle? — La durée de la détention provisoire s'ajoute-t-elle à la peine d'emprisonnement infligée aux accusés au moment de la sentence? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 731(1)b), 743.6(1.2).

R. c. MATHIEU, 723.

10. Procès — Jugements — Obligation du juge du procès de motiver sa décision — Crédibilité de la plaignante — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et d'exploitation sexuelle d'une personne ayant une déficience — Témoignage de la plaignante comportant des incohérences — Les motifs du juge du procès sont-ils suffisants pour permettre un examen valable en appel sur la question de la crédibilité? — Le juge du procès a-t-il suffisamment expliqué pourquoi il a rejeté les dénégations de culpabilité de l'accusé et comment il a résolu les importants problèmes de crédibilité soulevés par le témoignage de la plaignante?

R. c. DINARDO, 788.

11. Preuve — Déclarations antérieures compatibles — Crédibilité de la plaignante — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et d'exploitation sexuelle d'une personne ayant une déficience — Témoignage de la plaignante comportant des incohérences — Prise en compte par le juge du procès du contenu de déclarations antérieures compatibles de la plaignante comme preuve corroborante — L'utilisation des déclarations à mauvais escient par le juge du procès a-t-elle causé un tort à l'accusé?

R. c. DINARDO, 788.

DROIT CRIMINEL — (Fin)

EMPLOYEUR ET EMPLOYÉ

Congédiement injustifié — Dommages-intérêts — Obligation de limiter le préjudice — Employé du syndicat injustement congédié après l'entrée en fonction des nouveaux dirigeants du syndicat — L'employé était-il tenu de limiter son préjudice en retournant travailler pour le même employeur?

EVANS C. TEAMSTERS LOCAL UNION NO. 31, 661.

EXTRADITION

1. Remise à l'État requérant — Décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition d'un fugitif vers les États-Unis — L'extradition portait-elle indûment atteinte à la liberté de circulation et d'établissement du fugitif? — Le ministre a-t-il mal apprécié les facteurs de l'arrêt Cotroni? — A-t-il justifié suffisamment sa décision? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1).

LAKE C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE), 761.

2. Contrôle judiciaire de l'arrêté d'extradition — Norme de contrôle — Décision du ministre de la Justice d'ordonner l'extradition d'un fugitif vers les États-Unis — La norme de la raisonnabilité s'applique-t-elle à la décision du ministre d'ordonner l'extradition d'un fugitif lorsque les droits constitutionnels de ce dernier sont en jeu? — Dans l'affirmative, la décision du ministre était-elle raisonnable? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 57.

LAKE C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE), 761.

POLICE

1. Délits civils commis par les agents de police — Étendue de la responsabilité du procureur général pour le fait d'autrui — Agent de police poursuivant une voiture volée dans les rues de la ville — Conductrice innocente tuée dans une collision avec la voiture volée — Conducteur de la voiture volée âgé de 14 ans et non assuré tenu responsable dans une proportion de 90 p. 100 et l'agent de police dans une proportion de 10 p. 100 — Solidarité imposée par la Negligence Act aux coauteurs de délits civils responsables d'un même dommage — Immunité civile accordée aux agents de police par la Police Act pour les actes de simple négligence commis dans l'exercice de leurs fonctions — Responsabilité découlant de la faute de l'agent de police imputée au procureur général — Responsabilité du procureur général à l'égard des dommages-intérêts non limitée à la part de ceux-ci attribuée à la faute de l'agent de police — Victime ayant droit à une indemnisation intégrale de la part du procureur général vu le caractère indivisible des dommages-intérêts — Police Act,

POLICE — (Fin)

R.S.B.C. 1996, ch. 367, art. 11, 21 — Negligence Act, R.S.B.C. 1996, ch. 333, art. 4(2).

COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA, 21.

2. Gendarmerie royale du Canada — Langues officielles — Gendarmerie royale du Canada jouant le rôle de service de police provincial au Nouveau-Brunswick en vertu d'une entente conclue par le fédéral et la province — La Gendarmerie royale du Canada est-elle tenue de respecter les obligations linguistiques imposées aux institutions du Nouveau-Brunswick par l'art. 20(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

SOCIÉTÉ DES ACADIENS ET ACADIENNES DU NOUVEAU-BRUNSWICK INC. C. CANADA, 383.

3. Pouvoirs policiers — Outils d'enquête — Chiens renifleurs — Le pouvoir d'effectuer des enquêtes criminelles que la common law confère aux policiers comprend-il celui d'utiliser des chiens renifleurs?

R. C. KANG-BROWN, 456.

4. Pouvoirs policiers — Outils d'enquête — Chiens renifleurs — Le pouvoir d'effectuer des enquêtes criminelles que la common law confère aux policiers comprend-il celui d'utiliser des chiens renifleurs?

R. C. A.M., 569.

PRESCRIPTION

Action intentée par des Autochtones — Découverte des causes d'action — Action contre la Couronne pour manquement à une obligation fiduciaire, actes frauduleux et malveillants, et manquements à un traité — Les demandes sont-elles prescrites? — Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, ch. L-15, art. 4.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LAMEMAN, 372.

PROCÉDURE CIVILE

1. Enquête préalable — Engagement implicite de confidentialité — Utilisation à des fins accessoires des renseignements obtenus à l'enquête préalable — Renseignements obtenus à l'enquête préalable dont on croit qu'ils révèlent des actes criminels — Action civile initiale faisant l'objet d'un règlement après l'enquête préalable — Autorités cherchant à obtenir des renseignements divulgués lors de l'enquête préalable — Le procureur

PROCÉDURE CIVILE — (Fin)

général a-t-il la qualité requise pour demander la modification d'un engagement implicite auquel il n'est pas partie? — Dans l'affirmative, la demande doit-elle être rejetée d'après les circonstances de l'espèce?

JUMAN c. DOUCETTE, 157.

2. Enquête préalable — Engagement implicite de confidentialité — Portée de la règle de l'« engagement implicite ».

JUMAN c. DOUCETTE, 157.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Négligence — Obligation de diligence — Appel d'offres — Indemnisation d'une perte purement financière — Adjudication par le propriétaire d'un contrat de construction à un soumissionnaire dont la soumission n'est pas conforme, selon un appel d'offres dit « conception-construction » — Recours en responsabilité délictuelle pour pertes financières subies intenté contre le propriétaire par les sous-traitants de l'entrepreneur qui aurait dû obtenir le contrat — Le propriétaire a-t-il une obligation de diligence envers les sous-traitants? — La demande d'indemnisation relève-t-elle d'une catégorie reconnue d'obligation de diligence? — Y a-t-il lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence entre propriétaire et sous-traitants?

DESIGN SERVICES LTD. c. CANADA, 737